

# L'AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE

## A LA GARANTIE

## D'UN COMPTE COURANT

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le 9 mai 1938, à 14 heures*

PAR

**Michel DESAINT**

---

*Président : M. SOLUS, Professeur.*

*Suffragants*

MM. HAMEL,  
ESMEIN.

*Professeurs*

---

LIBRAIRIE  
DU

**RECUEIL SIREY**

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V•)

1938





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41553032\\_0035](https://archive.org/details/IA41553032_0035)



# **L'AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE**

**A LA GARANTIE**

**D'UN COMPTE COURANT**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;  
ces opinions doivent être considérées comme propres  
à leurs auteurs.**

# L'AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE

## A LA GARANTIE

## D'UN COMPTE COURANT

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le 9 mai 1938, à 14 heures*

PAR

**Michel DESAINT**

---

*Président : M. SOLUS, Professeur.*

|                    |   |                       |   |                    |
|--------------------|---|-----------------------|---|--------------------|
| <i>Suffragants</i> | { | MM. HAMEL,<br>ESMEIN. | } | <i>Professeurs</i> |
|--------------------|---|-----------------------|---|--------------------|

---

LIBRAIRIE  
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

---

1938



## ABRÉVIATIONS

|                     |                                               |
|---------------------|-----------------------------------------------|
| C.E.                | Code de l'Enregistrement.                     |
| D. ou D.P.          | Recueil périodique de jurisprudence Dalloz.   |
| Gaz. Pal.           | Gazette du Palais.                            |
| J.C.                | Journal des conservateurs des hypothèques.    |
| J.E.                | Journal de l'Enregistrement.                  |
| J.N.                | Journal des notaires et des avocats.          |
| Op. cit.            | Opere citato.                                 |
| R.E.                | Revue d'Enregistrement.                       |
| Req.                | Chambre des requêtes de la Cour de cassation. |
| Rev. trim. dr. civ. | Revue trimestrielle de droit civil.           |
| S.                  | Recueil de jurisprudence de Sirey.            |
| V°                  | Verbo.                                        |
| Indic. Enreg.       | Indicateur de l'Enregistrement.               |

---



## INTRODUCTION

Au lendemain de la guerre, la France connut une activité sans précédent : la reconstitution des régions dévastées, la visite de nombreux étrangers, la hausse des produits agricoles, l'essor d'une industrie s'équipant d'un matériel neuf et travaillant à pleine production multiplièrent les transactions et les échanges.

Le tout, s'accompagnant d'augmentation massive des signes monétaires, eut pour effet d'accélérer la vitesse de circulation des capitaux et de donner au crédit un développement que nos yeux actuels jugent pléthorique ; mais auquel l'importance de l'œuvre de reconstruction conservait un caractère normal.

Une euphorie inconsciente conduisait à l'accroissement continu des affaires, l'homme reculant sans cesse la limite de ses besoins : le cultivateur amassait plus de blé, le changeur donnait contre l'or plus de billets et le banquier fournissait plus de crédit.

Suivons cette inflation de crédit chez le banquier : de l'escompte des effets commerciaux, il passa à la facilité de caisse, puis au découvert permanent s'apparentant à la commandite, le tout venant s'inscrire aux multiples postes d'un compte courant aux amples fluctuations. Les quelques retours d'effets impayés passaient inaperçus, rapidement compensés par de

nouvelles remises à l'escompte et le banquier se disait avoir pris le maximum de précautions en exigeant en garantie le dépôt de quelques valeurs mobilières

Industriels et négociants, à l'exemple du banquier, travaillaient aussi en compte courant entre eux ou avec leurs fournisseurs et leurs clients laissant gonfler les débits en proportion des commandes, peu soucieux des règlements, poursuivant un seul but : grossir le chiffre d'affaires.

Survint la crise, les transactions se ralentirent entraînant l'accroissement des stocks de produits fabriqués, épuisant les trésoreries. Les échéances devinrent difficiles, de nombreux effets impayés firent retour à l'escompteur et leur contre passation enfla le débit des comptes, tandis que la débâcle boursière amenuisait la valeur des titres déposés en garantie.

Et ce fut la panique des banques ..., et l'invitation pressante à combler les découverts par de nouvelles remises.

Un premier aliment fut tiré des marchandises en magasin vendues en difficulté à des acheteurs au crédit faiblissant.

Hélas ! voici les mauvaises échéances, l'afflux des impayés dominant les remises... accentuant les découverts.

Le banquier, hier si libéral, crie à la mauvaise qualité du papier, menace de ne plus le prendre à l'escompte et c'est le spectre de la cessation de paiements.

Mais lui-même redoute la faillite de son client : simple chirographaire, quel maigre dividende peut-il attendre d'une réalisation désastreuse et après quelles formalités et quelles lenteurs !

On se réunit, on discute, le mot hypothèque est prononcé, d'abord rejeté avec effroi, finalement accepté ; et c'est dans cette atmosphère un peu fiévreuse qu'est appelé le notaire pour établir en hâte l'acte d'affectation hypothécaire qui garantira les éventualités du compte.

Le banquier, nanti d'une sûreté réelle, s'apaise, reprend l'escompte : le cap est franchi ... le temps et quelques mesures d'assainissement feront le reste.

Ainsi apparaît aux jours les plus difficiles de la crise l'acte que nous allons étudier.

Nous le retrouvons, à une nouvelle phase du cycle économique, à la reprise des affaires, mais dans une atmosphère plus calme.

Et ce même acte va rendre de semblables services : nous venons de le représenter comme l'ultime ressource d'un crédit en mal d'inflation ; nous allons lui découvrir les qualités de premier instrument de crédit d'une industrie renaissante.

Considérons un industriel ne travaillant qu'à façon, sans stocks personnels, avec le minimum de matières premières, par exemple un teinturier apprêtant le velours d'Amiens.

Il a franchi au plus simplement la période de dépression : fermant son usine, il a payé ses fournisseurs avec ses recouvrements, éteint ses découverts en banque, il ne doit rien, a vécu sur quelques disponibilités, mais ne possède plus qu'un modeste fonds de roulement.

Les chaudières se rallument, les pièces de velours arrivent, plus vite même qu'annoncées ; mais la caisse est bientôt épuisée par la paie des ouvriers, l'achat des quelques produits tinctoriaux et les réparations insépa-

rables de toute remise en marche ... et les clients ne paient qu'à 60 ou même 90 jours de livraison. Il faut remettre ce papier à l'escompte.

Mais ce teinturier est tout étonné des réserves, des objections qui lui sont faites ; il ne s'agit pourtant ni de découvert ni de facilité de caisse le papier est de première qualité, revêtu de l'acceptation des tirés et le compte restera normalement créditeur.

Flegmatique, le banquier calcule : 90 jours à la cadence de 200.000 fr. de traites par mois, le risque d'escompte est de 600.000 fr., une garantie d'au moins 25 % est nécessaire : caution, titres ou hypothèque.

A défaut de caution ou de titres représentant 150.000 fr., une seule ressource : l'hypothèque sur l'usine, immeubles par nature et par destination en dépendant et même sur la maison d'habitation.

Et cette fois nul ne contestera la notion si caractéristique de sûreté réelle garantissant *une simple éventualité*, le risque d'escompte, « l'en cours ».

Ce procédé n'est pas spécial aux individus. A plusieurs reprises des gouvernements avaient déjà usé de l'hypothèque pour relever l'économie de leur pays ruinée par de graves bouleversements : quand la fortune mobilière d'une nation est détruite, anéantie, il ne reste qu'une ressource, engager ses immeubles pour obtenir le crédit nécessaire à sa restauration.

Ainsi fit l'Allemagne, ruinée par le financement de la guerre et une inflation sans précédent : son industrie, clef de voûte de la fortune germanique, qui pendant 5 ans avait travaillé uniquement pour la guerre, était

complètement désorganisée, il fallait la mettre en état de payer par ses exportations la majeure partie de la dette des réparations, la réadapter à une production normale, renouveler la machinerie, changer la disposition des usines, parfois les déplacer, grouper les services..., toutes réformes qui nécessitaient des capitaux considérables.

L'industrie pour revivre ne pouvait compter que sur l'étranger ; mais depuis 1919, une folle inflation avait réduit sans cesse la valeur du mark et par le fait même celle des créances, la dépréciation monétaire rendait tout crédit impossible. A tout prix il fallait redonner confiance aux banquiers de New-York, de Londres et d'Amsterdam par l'établissement d'une monnaie nouvelle sérieuse et stable. Mais sur quels biens la fonder ? En octobre 1923, la Reichsbank n'avait plus ni or, ni devises... Une seule garantie réelle subsistait : la fortune immobilière allemande. Ainsi furent créés les « rentenmarks », billets de banque gagés par une hypothèque générale sur les propriétés foncières. Le résultat fut prodigieux : au 15 octobre 1923, l'Allemagne n'avait pas un pfennig de crédit au dehors, au 30 août 1924, les crédits étrangers affluaient : l'hypothèque avait rendu possible le relèvement économique <sup>1</sup>.

Bien des industriels et commerçants se trouvaient au lendemain de la crise dans la même situation que l'Etat allemand en 1923 : il ne leur restait à offrir en gage, pour obtenir les crédits nécessaires à la reprise de leurs affaires, que leurs immeubles.

Ainsi se généralisa une opération, connue depuis longtemps,— nous aurons l'occasion de citer un arrêt

1. Voyez : Albert Rivaud, *Les crises allemandes*, édition Armand Colin.

rendu sur une convention antérieure au Code civil — mais rarement pratiquée : l'affectation hypothécaire à la garantie du solde éventuel d'un compte courant.

La multiplication de ces conventions a été grandement favorisée par la faible importance des droits d'enregistrement auxquels elle donne lieu ; alors que l'ouverture de crédit est frappée d'un impôt relativement élevé, très lourd pour une trésorerie qui, par hypothèse, manque de disponibilités.

Cette très faible imposition eut une conséquence moins heureuse ; elle fut l'origine de discussions sur la validité de l'hypothèque consentie pour sûreté d'un compte courant, que personne n'avait songé jusque là à mettre en doute. Taquinés de voir se multiplier ces actes fort importants sur lesquels ils ne pouvaient percevoir que des droits modiques et subissant la déformation professionnelle, quelques agents du fisc ont cherché à les assimiler à des ouvertures de crédit, et, le droit fiscal ne fournissant pas une base suffisante à leurs prétentions, ont contesté qu'un compte courant puisse en l'absence d'engagement ferme de l'un des correspondants être garanti valablement par une hypothèque.

Le principal objet de cette thèse est d'établir la validité de l'affectation hypothécaire à la garantie du solde débiteur éventuel d'un compte courant. Mais avant d'entamer l'exposé et la réfutation des objections qui y ont été faites, il convient d'examiner l'aspect fiscal de la question, puisque toutes les controverses y ont leur source.

La validité de l'opération établie, nous nous proposons d'étudier le fonctionnement pratique de cette hypothèque et les particularités qu'elle présente quant à ses effets et à son exécution.

## PREMIERE PARTIE

---

### **Intérêt Fiscal de l'Opération**



## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

### **CARACTÈRES JURIDIQUES DU COMPTE COURANT. DISTINCTION AVEC L'OUVERTURE DE CRÉDIT**

Le compte courant, inventé par les praticiens, n'est réglementé en France par aucune loi : c'est la jurisprudence et la doctrine qui en ont peu à peu dégagé les caractères juridiques et les effets.

Il ne rentre pas dans le cadre de notre thèse d'exposer la théorie du compte courant : celle-ci a fait depuis quelques années l'objet de nombreux ouvrages et tous les traités de droit commercial récents y consacrent de substantiels développements ; il suffit d'y renvoyer<sup>1</sup>.

Rappelons cependant, avant d'étudier le régime fiscal du compte courant, les caractères juridiques que doit présenter une convention pour en mériter la qualification.

1. Voyez notamment les ouvrages de MM. Escarra, *Principes de droit commercial*, t. VI, 1937 et Hamel, *Banques et opérations de banque* (p. 538) et aussi les articles de MM. Esmein dans la « *Rev. trim. dr. civ.* », *Essai sur la théorie juridique du compte courant* (1920, p. 79) et Mater dans la « *Rev. du droit bancaire* », *Compte courant, variations de jurisprudence et de doctrine* (1932, p. 145).

Ces caractères sont au nombre de quatre :

1<sup>o</sup> Réciprocité des remises, ou plus exactement possibilité pour chaque correspondant d'effectuer des remises.

Ainsi ne constitue pas un compte courant la convention par laquelle l'une des parties s'interdit de rembourser les avances de l'autre avant une certaine date<sup>1</sup>.

Mais il suffit que cette réciprocité soit possible *en droit*, c'est-à-dire qu'aucune clause n'enlève à un des correspondants la faculté d'effectuer des remises ; peu importe qu'*en fait* les remises soient toujours émanées du même contractant.

2<sup>o</sup> Représentation des remises par de simples articles de compte, et par suite perte de leur individualité avec toutes ses conséquences : impossibilité d'en poursuivre isolément le recouvrement, application de la prescription de droit commun, extinction des garanties qui y étaient attachées, suspension des règles sur l'imputation des paiements et la compensation ...

3<sup>o</sup> Exigibilité du seul solde du compte.

4<sup>o</sup> Caractère accessoire du compte courant<sup>2</sup> : son but, c'est en effet de déterminer, en le simplifiant, le mode de règlement des multiples contrats (vente, prêt, escompte, commandite ...) qui provoquent les remises. Il ne peut donc exister isolément.

Très souvent, un compte courant est ainsi joint à une ouverture de crédit pour assouplir sa réalisation et son exécution<sup>3</sup>.

1. Cass., 2 juillet 1890 (S., 91.1.177).

2. Ce caractère accessoire a été dégagé par une doctrine toute récente : Voyez les ouvrages de MM. Escarra et Hamel déjà cités et en outre la note de M. Hamel sous un arrêt de la Cour de cass. du 19 novembre 1929 (D., 1930.1.100).

3. Un exemple montrera parfaitement l'intérêt qu'il y a à joindre un

Cette application est la plus courante, elle s'est tellement développée que dans l'esprit de quantité de gens le terme de compte courant évoque immédiatement l'idée d'ouverture de crédit et qu'ils n'arrivent plus à concevoir un compte courant sans prêt.

Grave confusion ! Le compte courant est une chose et l'ouverture du crédit en est une autre : celle-ci a pour but de réaliser un prêt, celui-là de simplifier les règlements nécessités par l'exécution d'une obligation quelconque, obligation qui peut avoir sa source dans les contrats les plus divers : dépôt, vente, escompte ... aussi bien que prêt ou ouverture de crédit et même d'un délit ou d'un quasi-délit.

La réalité est, il est vrai, fort complexe. Les opérations de banque sont multiples et variées : entre le simple contrat de dépôt et la commandite, existe toute une gamme d'opérations de nature juridique imprécise dans lesquelles il est difficile de reconnaître ou non un prêt. D'autant plus difficile que les conventions demeurent généralement verbales et varient avec les circonstances de chaque affaire. Le négociant qui traite avec son client, le banquier qui entre en relations d'affaires avec un industriel, accordent plus ou moins nettement leur concours pendant un certain temps, à concurrence d'une certaine somme, sous forme de vente de marchandises,

compte courant à une ouverture de crédit : supposons un industriel qui a obtenu une ouverture de crédit simple de 100.000 fr., qui utilise totalement ce crédit et rembourse ensuite 30.000 fr. à son prêteur ; son crédit est épuisé bien qu'il ne doive plus que 70.000 fr. et rien ne lui permet, s'il a de nouveau besoin d'avances, d'en exiger de son bailleur de fonds ; si l'ouverture de crédit avait au contraire été faite en compte courant les versements du créancier auraient constitué des remises et non des avances, de même les versements du crédité auraient été des remises non des paiements et l'industriel aurait pu exiger un nouveau crédit, le solde du compte étant inférieur au chiffre convenu.

d'escompte, de facilités de caisse, etc. Par exemple, le banquier accorde une « fiche d'escompte », c'est-à-dire accepte d'escompter le papier remis par le client, ou bien promet un « crédit de campagne » de X francs, ou encore permet à l'industriel de domicilier ses traites chez lui et consent à effectuer ses recouvrements. Fréquemment, le client bénéficie de plusieurs de ces facilités qui se cumulent et se fondent dans un compte courant unique.

Comment en présence d'une situation de fait aussi complexe déterminer si le compte courant s'accompagne ou non d'une ouverture de crédit ? Question capitale puisque l'existence d'une ouverture de crédit entraînera perception de droits d'enregistrement beaucoup plus élevés.

En droit, la réponse est très simple : toutes les fois qu'un des correspondants n'a pas pris l'engagement ferme de fournir à l'autre des avances à concurrence d'une certaine somme, il n'y a pas ouverture de crédit. En pratique, l'application de ce critérium peut soulever des difficultés d'interprétation : il appartient aux tribunaux de les trancher ; dans le cas d'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant, on évitera ces difficultés en rapportant dans l'acte, avec quelques précautions de rédaction<sup>1</sup>, les conditions d'ouverture et de fonctionnement du compte.

---

1. Voyez ci-dessous troisième partie, chapitre I<sup>er</sup>.

## CHAPITRE PREMIER

### RÉGIME FISCAL DE L'AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE GARANTISSANT UN COMPTE COURANT

#### Section I

#### Principes d'enregistrement des comptes courants

Nos lois fiscales ne contiennent aucune disposition particulière aux comptes courants. Il faut donc appliquer les principes régissant l'enregistrement des comptes en général ; ce qui nous amène à considérer le compte courant aux deux périodes extrêmes de son existence : à son ouverture et à sa clôture.

#### § 1

#### Règles d'exigibilité des droits lors de l'ouverture du compte courant

Le compte courant — comme tout compte — n'est pas par lui-même soumis à l'enregistrement (les mutations seules le sont). La formalité n'est obligatoire que dans les trois cas suivants :

1° Si le contrat de compte courant a été conclu par acte authentique ou sous seings privés (les actes sous seings privés constatant des conventions synallagmatiques devant être enregistrés dans les trois mois et le compte courant étant, nous le démontrerons au chapitre premier de la deuxième partie, un contrat synallagmatique) <sup>1</sup>.

2° S'il a été reconnu en justice ou qu'un contrat en forme titre.

3° S'il est fait usage par acte public ou en justice d'un écrit le constatant.

Le plus souvent le contrat de compte courant se forme verbalement ou par un simple échange de lettres, manière de procéder parfaitement correcte puisque le compte courant, contrat essentiellement consensuel, n'est soumis à aucune solennité. Dans la majorité des cas, le compte courant n'est donc pas présenté à la formalité d'enregistrement et ne donne lieu à aucune perception de droits.

Quel est le droit perçu en cas d'enregistrement ? Ce ne peut être le droit proportionnel d'obligation : le contrat de compte courant entraîne bien engagement par chacun des contractants de payer le solde du compte, mais cet engagement est soumis à l'existence d'un solde débiteur à sa charge et le droit proportionnel ne peut être exigé sur une créance dont la naissance est incertaine <sup>2</sup>. Dès lors, seul demeure exigible le droit fixe de 30 fr. <sup>3</sup> (C.E., art. 327-65°). Application pure et simple des principes d'enregistrement des faits juridiques soumis à condition suspensive.

1. Cependant si le compte courant est commercial, l'acte sous seing privé le constatant n'est pas soumis à l'enregistrement dans un délai de rigueur.

2. Sol. 29 novembre 1897 (*R.E.*, 3549).

3. Sol. 12 décembre 1927 et 17 février 1934 (*Indic. de l'Enreg.*, avril 1934, art. 2707).

## § 2

**A la clôture**

Le compte courant présentera alors l'une des deux positions suivantes :

1. Balance des recettes et des dépenses : le compte n'a engendré aucune créance, un seul droit peut être perçu : le droit fixe de 30 francs.

2. Solde débiteur à la charge de l'un des contractants : il est alors dû, soit le droit d'obligation (1,50 %) si le reliquat n'est pas soldé, soit le droit de libération (1 %) si ce reliquat est immédiatement payé.

Ce droit d'obligation (ou de libération) n'étant pas un droit de mutation, ne peut être exigible si aucun écrit (extrait du compte signé des parties ou jugement de liquidation) n'est présenté à la formalité. 90 fois sur cent l'arrêté du compte ne sera pas enregistré. L'Administration ne peut-elle cependant réclamer les droits parce que, grâce à son droit de communication, elle a eu connaissance de la balance du compte ?

Si la convention de compte courant n'a pas été enregistrée — et n'avait pas à l'être — sans aucun doute : non. Mais n'en est-il pas autrement si le contrat original a été enregistré ? L'Administration ne peut-elle pas soutenir alors, que ce contrat (ou le jugement ou l'acte public qui ont constaté le compte courant) constitue l'écrit dont l'enregistrement rend exigible le droit d'obligation ? Lors de la présentation à la formalité de cet acte ou jugement, le droit fixe a seul été perçu puisque l'obligation était éventuelle ; mais ce caractère éventuel de la créance ne peut-il être assimilé à une condition suspensive et par suite retarder seulement la perception

des droits qui deviennent automatiquement exigibles indépendamment de toute formalité le jour où l'obligation est devenue certaine et actuelle, c'est-à-dire dès la clôture du compte ?

La Régie reconnaît que le droit proportionnel n'est pas exigible « hors le cas d'usage par acte public ou en « justice d'un écrit constatant la réalisation, alors même « que cette réalisation serait établie<sup>1</sup>.

A sa clôture le compte courant ne donnera donc généralement lieu à aucune perception puisque la balance ne sera pas enregistrée. Le droit proportionnel n'est exigible que dans l'un des trois cas suivants :

- Enregistrement d'un extrait signé des parties ;
- Liquidation en justice ;
- Usage en justice ou par acte public de la balance.

## Section II

### Droits perçus sur les affectations hypothécaires

Les affectations hypothécaires sont assujetties à deux droits :

- un droit d'enregistrement,
- une taxe hypothécaire.

#### § 1

##### Droit d'enregistrement

Très souvent, l'affectation hypothécaire est stipulée dans l'acte même qui constitue le titre de la créance. Elle

<sup>1</sup>. Maguéro, *Traité alphabétique de l'Enregistrement*, t. II, V<sup>o</sup> Crédit, n<sup>o</sup> 3, p. 222.

forme alors une disposition dépendante de cette obligation dans les termes de l'article 11 de la loi du 22 frimaire, an VII (C.E., art. 3), et ne donne donc ouverture à aucun droit. Un seul droit est perçu, celui afférent à la disposition principale en l'espèce à la créance<sup>1</sup>.

Par conséquent, l'acte contenant à la fois contrat de compte courant et constitution d'hypothèque à la garantie du solde débiteur éventuel de ce compte, doit être enregistré au simple droit fixe de 30 francs.

Parfois, l'affectation hypothécaire est stipulée dans un acte distinct du titre de l'obligation.

En principe, elle ne donne alors lieu qu'au droit fixe des actes innommés, c'est-à-dire toujours 30 fr.<sup>2</sup> Voici un exemple : une reconnaissance de dette dénuée de toute garantie a déjà été enregistrée, si plus tard par un acte distinct le débiteur consent hypothèque, l'acte d'affectation hypothécaire sera enregistré au droit fixe.

Cependant si le droit d'obligation n'a pas encore été perçu — la reconnaissance de dette était par exemple verbale — l'affectation hypothécaire forme titre de la créance et entraîne, pour ce motif, perception du droit proportionnel<sup>3</sup>. Mais, conformément au principe rappelé plus haut (sect. I) de non exigibilité du droit d'obligation sur les dettes dont la naissance est incertaine, si l'obligation est éventuelle, ce qui est notre cas, le droit proportionnel n'est pas exigible<sup>4</sup>.

1. Sol. 16 novembre 1815 (*J.E.*, 5282; *J.N.*, 107).

2. Cass., 20 février 1837; Inst. 1539, § 1 et 1839, § 1.

3. Caen, 15 février 1838 (*J.E.*, 12035); Seine, 13 janvier 1847 (*J.E.*, 14192); Cass., 21 février 1838 (Inst. 1577, § 2 et 14 et S., 38.1.267).

4. Cass., 10 janvier 1833 (S., 33.1.129); Seine, 18 novembre 1887 (*Rev. Prat.*, 2573), Sol. 17 février 1934 (*Indic. Enreg.*, avril 1934, art. 2707).

*Conclusion : l'affectation hypothécaire à la garantie du solde débiteur éventuel d'un compte courant sera toujours enregistrée au droit de 30 fr., qu'elle soit stipulée dans le même acte que le contrat de compte courant ou dans un acte distinct et quand bien même le compte courant, convenu verbalement ou par lettres n'aurait pas été soumis à la formalité.*

## § 2

### Taxe hypothécaire

Cette taxe est perçue non plus par le receveur de l'Enregistrement, mais par le conservateur des Hypothèques lors de la réquisition de l'inscription. Le taux en est actuellement de 0,50%.

Mais l'inscription de l'hypothèque garantissant le solde éventuel d'un compte courant échappe à cette taxe :

L'article 1 de la loi du 6 messidor an VII (devenu l'art. 775 du C.E.) édicte en effet : « L'inscription indéfinie qui a pour objet la conservation d'un simple droit d'hypothèque éventuel, sans créance existante n'est point sujette à la taxe proportionnelle ».

Sans doute, les ouvertures de crédit qui pourtant n'engendrent également qu'une créance éventuelle, sont-elles immédiatement passibles d'une fraction de la taxe hypothécaire (V. Chapitre suivant, sect. II) mais c'est en vertu d'un texte exceptionnel qui ne fait que renforcer la portée générale de l'article 1 de la loi du 6 messidor an VII.

L'Administration l'a d'ailleurs expressément reconnu dans une solution fortement motivée du 6 janvier 1928 <sup>1</sup>.

1. *Journal des conservateurs*, 7<sup>e</sup> fasc. 1932, art. 11056.

Le ministre des Finances par lettre du 15 avril 1932<sup>1</sup> s'est prononcé dans le même sens.

Ces décisions ne font qu'une stricte application des principes des comptes courants et des règles générales de notre droit fiscal.

Si, à la clôture des opérations, la balance fait ressortir un solde débiteur à la charge de la partie qui a constitué l'hypothèque, la taxe hypothécaire devient exigible, puisque la dette est devenue actuelle et ferme ; elle est calculée sur le montant de ce solde.

L'article 2 de la loi du 6 messidor an VII (art. 776 du C.E.) prescrit en effet : « Si le droit éventuel qui a  
« donné lieu à l'inscription indéfinie, se convertit en  
« créance réelle, le droit proportionnel est dû sur le  
« capital de la créance ».

La liquidation du compte en justice, l'enregistrement d'actes mentionnant cette balance de compte et à défaut son droit de communication feront connaître à l'Administration l'exigibilité de la taxe et lui permettront de la recouvrer. De plus, en vertu de l'article 3 de la même loi, « l'enregistrement d'aucune transaction ou quittance de  
« paiement de ladite créance ne peut être requis, que le  
« droit proportionnel d'inscription n'ait été préalable-  
« ment acquitté ».

Il y a donc concordance entre la perception des droits d'enregistrement et celle de la taxe hypothécaire.

1. *R.E.*, n° 9693.

---

## CHAPITRE II

### COMPARAISON AVEC LE RÉGIME FISCAL DE L'AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE GARAN- TISSANT UNE OUVERTURE DE CRÉDIT

#### Section I

##### Régime fiscal des ouvertures de crédit

Sous le régime de la loi du 22 frimaire an VII, base de notre législation sur l'Enregistrement, l'acte constatant une ouverture de crédit était enregistré au droit fixe. Aussitôt le crédit réalisé, le droit d'obligation était exigible ; mais l'Administration, qui ne disposait que d'un droit de communication embryonnaire, ne pouvait pratiquement recouvrer l'impôt qu'en cas d'enregistrement d'un acte mentionnant la réalisation du crédit.

Ce mode de perception, conforme aux principes de notre droit fiscal était, dit-on, fort préjudiciable au Trésor dont les besoins sans cesse croissants exigeaient une fiscalité de plus en plus productive, fut-ce au mépris des règles du droit !

La loi du 23 août 1871 (art. 5) a donc soumis l'acte constatant une ouverture de crédit au demi droit proportionnel d'obligation, actuellement 0,75 % (C.E., art. 369).

Ce droit n'est pas restituable, même en cas de non réalisation du crédit, puisque régulièrement perçu (C.E., art. 282).

La réalisation du crédit est toujours assujettie au droit d'obligation (1,50 %) liquidé sur la somme effectivement prêtée, mais sous déduction des droits payés lors de l'ouverture du crédit.

Un exemple mettra en lumière ce mode de perception un peu compliqué :

Supposons un crédit de 500.000 fr. Sur l'acte d'ouverture, il sera perçu 3.750 fr. (0,75 % sur 500.000 fr.). Crédit réalisé à concurrence de 400.000 fr. seulement. Les droits dus sur l'acte constatant cette réalisation seront ainsi liquidés :

droit d'obligation : 1,50 % sur 400.000 fr. 6.000.

Sous déduction des droits payés à titre  
provisionnel lors de l'ouverture de crédit .... 3.750 fr.

Il reste donc à acquitter ..... 2.250 fr.

Le seul fait de la réalisation rend le complément de droit exigible indépendamment de toute constatation par écrit et l'Administration peut faire la preuve de cette réalisation par tous les moyens de droit commun compatibles avec la législation fiscale (ce qui exclut la preuve testimoniale). Toutefois l'Administration ne peut s'appuyer que sur des présomptions qui découlent soit de faits constants, soit d'actes parvenus à sa connaissance par l'enregistrement ou d'écrits que la loi soumet à son droit d'investigation.

Très souvent, dans la pratique ouverture de crédit et contrat de compte courant sont stipulés dans une même convention.

L'existence du compte courant ne modifie pas la perception du demi droit proportionnel sur l'ouverture de crédit elle-même<sup>1</sup>.

Mais sur quelles sommes faut-il liquider le droit d'obligation à la clôture des opérations ? Cette question suscita de vives controverses entre l'Administration et les redevables.

D'après la loi de frimaire (C.E., art. 423), soutenait l'Administration, le droit d'obligation est dû sur le montant total du prêt tel qu'il résulte de l'acte ou de l'écrit présenté à l'Enregistrement, ou dont l'Administration a pu avoir connaissance, c'est-à-dire dans notre cas particulier sur la somme totale des avances constatées par le compte courant. Les remises diverses du crédité ne sont que remboursements de la portion du crédit antérieurement réalisé et n'ont par suite aucune influence sur la liquidation du droit.

L'argumentation de la Régie, répondaient les redevables, méconnaît les principes juridiques en matière de compte courant et en particulier la règle de l'exigibilité du seul solde de compte : il est impossible de considérer chaque remise du créiteur comme un prêt puisqu'il ne peut en poursuivre le recouvrement, qu'il doit attendre pour cela la clôture du compte et que c'est la balance de ce compte qui seule constituera son titre.

Les tribunaux furent naturellement appelés à trancher cette question. Les divers jugements et arrêts rendus à ce sujet, ont interprété la convention qui leur était soumise et fait la distinction suivante :

Si le compte courant constitue le but principal de la convention, l'ouverture de crédit n'étant que l'accès-

1. Orléans, 27 février 1901 (*R.E.*, 2711).

soire, il faut appliquer les règles du compte courant, par suite, le droit ne doit être perçu que sur le montant de la balance définitive<sup>1</sup>. Tel est, par exemple, le cas du traité passé par un négociant avec un banquier pour ses opérations normales d'escompte, recouvrement d'effets... et auquel est joint, pour donner toute sécurité au commerçant, une ouverture de crédit dont le seul but est de déterminer la somme maximum à laquelle pourra s'élever le solde créditeur du compte.

Si, au contraire, c'est l'ouverture de crédit qui constitue le but principal de l'opération, le compte courant n'étant qu'un mode d'exécution, le droit sera liquidé sur la somme des avances successives<sup>2</sup>. Tel est, par exemple, le cas de la convention intervenue entre un particulier désireux de se procurer des fonds pour développer son commerce ou son industrie ou pour réaliser une entreprise nouvelle, et un banquier ou bailleur de fonds qui, pour donner plus de souplesse au crédit stipule que toutes les avances et toutes les remises seront constatées en compte courant.

L'Administration a adopté ce principe<sup>3</sup>; mais le but principal de l'opération est souvent difficile à déterminer ce qui rend la distinction fort délicate à opérer. L'interprétation de pareilles conventions est donc matière à procès.

En bonne logique, ce principe devrait être appliqué dès l'enregistrement de la convention qui donnerait alors ouverture au seul droit fixe si le compte courant constituait le but principal de l'opération.

1. Alger, 17 octobre 1918 (*R.E.*, 6861); Seine, 7 juin 1904.

2. Cass., 2 juillet 1890; Marseille, 4 juin 1898 (*R.E.*, 1772); Seine, 19 janvier 1906 (*R.E.*, 4033).

3. Voyez Maguéro, *Traité alphabétique de l'Enregistrement*, V<sup>o</sup> Crédit, t. II, n<sup>o</sup> 30, p. 227.

## Section II

### **Droits perçus sur l'affectation hypothécaire garantissant une ouverture de crédit**

Les principes d'enregistrement des affectations hypothécaires, que nous avons énoncés au chapitre précédent (Sect. II, § 1), s'appliquent à la constitution d'hypothèque pour sûreté d'une ouverture de crédit. Par conséquent :

1° Si l'affectation hypothécaire est stipulée dans le même acte que l'ouverture de crédit, elle constitue une disposition dépendante. Seul sera perçu le droit d'ouverture de crédit (0,75 %).

2° Si au contraire elle est stipulée dans un acte séparé, elle donnera ouverture au droit fixe de 30 fr. Toutefois, si l'affectation hypothécaire constitue le titre de l'ouverture de crédit ou en est la première manifestation, elle est passible du demi droit proportionnel et non plus du droit fixe.

En ce qui concerne la taxe hypothécaire, la symétrie avec les droits d'enregistrement a été respectée : « le  
« taux de la taxe est réduit de moitié ... pour l'inscription  
« des hypothèques prises en vertu d'actes d'ouverture  
« de crédit non réalisé ; le complément de la taxe devient  
« exigible lors de la réalisation ultérieure du crédit »  
(art. 767 du C.E.).

Le mode de perception de la taxe hypothécaire sera donc le même que celui des droits d'enregistrement sur l'ouverture de crédit : lors de l'inscription, le conserva-

teur percevra donc 0,25 % sur le montant du crédit ouvert, et lorsqu'il aura connaissance de la réalisation, liquidera la taxe sur la somme effectivement prêtée et réclamera la différence entre l'impôt déjà perçu et la taxe ainsi liquidée.

En cas d'ouverture de crédit avec compte courant, le conservateur déterminera le montant de la créance d'après les mêmes principes que le receveur d'enregistrement.

### Section III

#### Perceptions comparées

Un exemple concret montrera clairement combien les droits perçus sur une affectation hypothécaire garantissant un compte courant sont, en vertu des principes que nous avons dégagés ci-dessus, inférieurs aux droits perçus sur une affectation hypothécaire garantissant une ouverture de crédit.

Supposons qu'un particulier ou une banque ait consenti à un industriel ou commerçant des avances s'élevant au total à un million de francs ; avant clôture des opérations, le crédit a remis au créiteur pour 750.000 fr. de valeurs diverses. A un moment quelconque, hypothèque a été donnée.

1<sup>er</sup> Cas. — *Les avances ont été consenties à la suite d'une ouverture de crédit pure et simple.* Il sera alors perçu :

Sur l'ouverture de crédit :

Demi-droit d'obligation : 0,75 % s/ 1.000.000 : 7.500 fr.

1/2 taxe hypothécaire : 0,25 % s/ 1.000.000 : 2.500 fr.

Ensemble : 10.000 fr.

et mêmes droits après la réalisation, les remises faites par le crédité n'étant que des

remboursements ..... 10.000 fr.

Soit au total ..... 20.000 fr.

L'emprunteur aura donc versé au fisc 2 % des sommes qu'il a touchées.

2<sup>e</sup> Cas. — *La convention originale stipulait à la fois compte courant et ouverture de crédit et les contractants ont réussi à faire admettre que le compte courant constituait le but principal de la convention.*

Les droits perçus sur cet acte seront les mêmes que dans le premier cas, puisque la présence d'un compte courant ne modifie par la perception des droits soit 10.000 fr.

Le solde du compte fait ressortir une créance de 250.000 fr. ; les droits seront liquidés ainsi :

droit d'obligation : 1,50 % s/ 250.000 fr. .... 3.750 fr.

taxe hypothécaire : 0,50 % s/ 250.000 fr. ... 1.250 fr.

Soit au total ..... 5.000 fr.

Les droits déjà perçus étant supérieurs aux droits dus, l'Administration ne réclamera rien ; mais, le demi droit d'ouverture de crédit n'étant pas restituable, les parties auront déboursé inutilement 5.000 fr. C'est donc 4 % de la créance qu'aura perçu le fisc. Ce qui rend bien cher le crédit !

3<sup>e</sup> Cas. — *Solde débiteur d'un simple compte courant.*

L'affectation hypothécaire n'a entraîné que  
le droit fixe ..... 30 fr.

La clôture du compte fait ressortir un  
solde débiteur de 250.000 fr. et donne ouverture  
à la taxe hypothécaire : 0,50 % s/ 250.000 fr. ... 1.250 fr.  
Au total ..... 1.280 fr.

Les droits d'enregistrement, à la différence de la taxe hypothécaire, ne seront perçus qu'exceptionnellement (Chapitre I<sup>er</sup>, sect. 1). Ils s'élèveraient seulement à 3.750 fr. (1,50 % sur 250.000).

Le coût de l'opération sera donc normalement de 1.280 fr. — 5.030 fr. dans le cas le plus défavorable — tandis que les droits perçus sur une affectation hypothécaire garantissant une ouverture de crédit de pareille somme s'élèvent à 20.000 fr. La différence est sensible ! D'autant plus sensible que dans le cas de compte courant simple, le droit perçu à l'origine est insignifiant et que le paiement le plus important est remis à la clôture, ce qui, dans l'esprit des contractants équivaut à peu près aux calendes grecques, les comptes courants fonctionnant généralement pendant de nombreuses années.

**Appendice. — Impôt sur le revenu des créances**

Jusqu'aux décrets de juillet 1937, l'avantage fiscal était encore plus grand car les intérêts des comptes courants commerciaux échappaient à l'impôt sur le revenu des créances.

Cet impôt créé par la loi du 29 juin 1872 uniquement sur les intérêts des obligations contractées par les sociétés

avait toujours été déclaré par la jurisprudence <sup>1</sup> inapplicable aux intérêts des comptes courants « conséquence  
« nécessaire des effets juridiques du contrat de compte  
« courant, qui entraînent la perte de leur individualité  
« pour toutes les créances introduites dans le compte, de  
« sorte que les sommes inscrites à un compte courant à  
« titre d'intérêts cessent d'avoir ce caractère dès leur  
« inscription et se fondent dans la balance générale » <sup>2</sup>.

On admettait même que les intérêts des crédits ouverts en compte courant (quand bien même l'ouverture de crédit aurait été le but principal des contractants) échappaient à cet impôt <sup>3</sup>.

La loi du 31 juillet 1917, article 38 étendit cet impôt à toutes les créances « à l'exclusion de toute opération  
« commerciale ne présentant pas le caractère juridique  
« d'un prêt ». Les intérêts des comptes courants demeurèrent donc exonérés.

Mais — dans le dessein de supprimer l'inégalité entre les intérêts d'un compte courant revenant à un commerçant qui acquittaient la cédula des bénéfices commerciaux, et ceux profitant à un non commerçant qui ne donnaient lieu à aucun impôt cédulaire —, la loi du 30 décembre 1928 (art. 29) décida que l'impôt sur le revenu des créances « s'applique aux intérêts, arrérages et tous autres pro-  
« duits des comptes courants dans tous les cas où ils ne  
« figurent pas dans les recettes provenant de l'exercice

1. Voyez notamment Cass., 2 juillet 1890 (S., 91.1.177).

2. Maguéro, *loc. cit.*, V<sup>o</sup> Impôt sur le revenu, 2<sup>e</sup> partie.

3. Cass., 2 juillet 1890 ci-dessus. Note de M. Wahl sous cet arrêt. Un arrêt de la Cour de cass., 3 décembre 1901 (S., 1902.1.294), interprété dans le sens contraire par certains, avait décidé en réalité que les parties ne pouvaient échapper à la taxe en donnant faussement à leurs opérations le nom de compte courant ou *en simulant* un compte courant.

« d'une profession industrielle, commerciale, agricole  
« ou d'une exploitation minière ».

Le décret de juillet 1937 a estimé au contraire qu'on établissait ainsi une dualité de régime injustifiable en faveur des comptes courants commerciaux et en a soumis les intérêts à l'impôt cédulaire.

Il n'y a plus qu'à attendre le jour où découvrant que les comptes courants non commerciaux sont avantagés puisque leurs intérêts ne sont soumis qu'à un impôt au lieu de deux, le fisc, Moloch insatiable et cyclothémique dans sa conception de l'équité, frappera les comptes courants civils d'un nouvel impôt pour rétablir l'égalité ... ou l'équilibre du budget !

---

## CHAPITRE III

### **TENTATIVE POUR IMPOSER COMME OUVERTURE DE CRÉDIT LES COMPTES COURANTS GARANTIS PAR UNE SURETÉ**

L'extension considérable prise au cours de ces dernières années par la pratique des affectations hypothécaires à la garantie du solde débiteur d'un compte courant, extension due aussi bien aux nécessités du crédit qu'aux avantages commerciaux et fiscaux, n'a évidemment pas échappé à l'Administration.

La modicité des droits qu'entraîne pareille opération a contrarié l'esprit de fiscalité excessif de certains agents particulièrement zélés, qui n'ont pas hésité à percevoir sur de pareilles conventions les droits d'ouverture de crédit.

Cette tentative, si elle aboutissait, rendrait fort onéreuses un grand nombre d'opérations bancaires, arrêterait le développement du crédit indispensable au relèvement de notre production et entraînerait ainsi des conséquences désastreuses pour notre économie.

## Section I

### Essai de justification de cette prétention

Comment ces agents de l'Enregistrement ont-ils basé leur prétention de soumettre les comptes courants garantis par une hypothèque au régime fiscal des ouvertures de crédit ?

Leur raisonnement repose sur le principe que la perception s'établit d'après la nature exacte du fait juridique imposable ; principe unanimement reconnu et consacré par toute la jurisprudence : « La nature des contrats, « dit notamment un arrêt, se détermine non par les termes dans lesquels ils sont conçus, par la forme extérieure dont ils sont revêtus ou par les qualifications que les parties leur ont données, mais par l'objet des conventions qu'ils renferment ».

En effet, malgré le principe de la liberté contractuelle, il existe des catégories rigides de types de conventions et les parties ne peuvent par exemple baptiser louage un contrat qui a pour objet de transférer la propriété d'un bien et non la simple jouissance, et de même elles ne peuvent dénommer compte courant un contrat comportant engagement pour l'un des contractants de fournir des avances à l'autre.

Conséquence nécessaire : « L'Administration a le droit « et le devoir de rechercher et de constater la véritable « nature des stipulations contenues dans les contrats « pour arriver à asseoir d'une manière conforme à la loi « les droits dus par les parties contractantes, à raison de « leurs contrats ». Il est d'ailleurs très facile de trouver

une base légale à ce droit de contrôle ; c'est l'article 2 du Code de l'enregistrement qui oblige la Régie à mesurer les droits qu'elle perçoit sur la nature de l'acte, puisque « les « droits d'enregistrement sont fixes, proportionnels ou « progressifs suivant la nature des actes », c'est l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 édictant une pénalité en cas de simulation, dont l'application suppose l'exercice du droit de contrôle, c'est enfin l'article 1321 du Code civil qui permet aux tiers de se prévaloir des contre-lettres et, quand elle cherche à faire reconnaître son droit de créance, la Régie est un tiers.

La qualification donnée par les parties à leur convention ne lie donc pas l'Administration qui peut en prouver l'inexactitude et rétablir la véritable nature des stipulations qu'elle dissimule, par tous les modes de preuve compatibles avec le caractère écrit de la procédure d'enregistrement et en particulier au moyen de présomptions.

Les applications de ce droit se sont multipliées depuis la guerre et se comptent plus. Citons deux cas typiques : l'irrévocabilité d'un mandat de vendre donné à un marchand de biens jointe à une dispense de rendre compte a été jugée présomption suffisante pour démontrer la simulation d'une vente ; de même la cession par une personne très âgée à son héritier présomptif d'un bien moyennant une rente viagère modique réunit des circonstances qui établissent suffisamment qu'elle dissimule une libéralité.

Ce qui empêche de traiter au point de vue fiscal le compte courant comme une ouverture de crédit, poursuivent ces agents du fisc, c'est le caractère facultatif des remises pour les deux parties, c'est l'absence d'engagement par l'une d'elles de fournir crédit à l'autre.

Mais la stipulation d'une garantie, particulièrement d'une hypothèque, ne constitue-t-elle pas une présomption suffisante de l'engagement tacite du bénéficiaire de cette sûreté ?

« Pourquoi, comme l'écrit M. François Roger, l'une  
« des parties plutôt que l'autre fournirait-elle une garan-  
« tie hypothécaire, si ce n'est pour inciter le bénéficiaire  
« de cette garantie à développer ses avances et à les  
« faire passer au premier rang ? Entre banquier surtout  
« et commerçant ou industriel, cette affectation semble  
« dénoncer la place prépondérante que prend alors dans  
« l'ensemble de l'opération le crédit virtuellement ouvert  
« comme contre-partie de cette garantie qui sans cela  
« n'aurait aucune raison d'être »<sup>1</sup>.

Deux jugements, prétendent ces agents de l'Enregistrement, ont consacré le bien fondé de l'imposition comme ouverture de crédit des comptes courants garantis par une sûreté quelconque :

1<sup>o</sup> Un jugement rendu par le Tribunal du Rhône, le 22 novembre 1927<sup>2</sup> dans les circonstances suivantes : un bailleur de fonds avait ouvert un crédit de 50.000 fr. à deux négociants ; ultérieurement, par un nouvel acte, ceux-ci s'étaient reconnus débiteurs de 121.200 fr. et *pour garantir cette somme ainsi que toutes avances éventuelles* avaient donné leur fonds en nantissement à concurrence de 200.000 fr. Le tribunal a interprété ce nantissement comme une preuve de l'obligation pour le créancier de fournir de nouvelles avances et a reconnu l'exigibilité

1. J.N., 1933, art. 37679, p. 851.

2. R.E., 8797.

du droit d'ouverture de crédit sur la différence entre les sommes effectivement prêtées et le montant de la garantie.

2° Un jugement rendu par le Tribunal de Perpignan le 2 novembre 1931 <sup>1</sup> précisément dans un cas d'affectation hypothécaire garantissant diverses opérations bancaires. Voici d'ailleurs *in extenso* les motifs de cette décision d'un très grand intérêt :

« Le Tribunal : Attendu qu'aux termes de deux actes  
 « reçus par M<sup>e</sup> Desbœufs, notaire à Perpignan, les 2 juillet et 31 décembre 1928, M. Jules Chevalier, entrepreneur, a affecté hypothécairement divers immeubles sis  
 « à Perpignan et dans le département des Pyrénées-Orientales à la Banque du Roussillon, en garantie  
 « d'opérations bancaires et d'escompte d'effets de commerce tirés par la Société roussillonnaise d'entreprises  
 « et acceptés par ledit sieur Chevalier ;

« Attendu qu'il résulte des investigations des agents de l'Administration dans les livres de la Banque que  
 « le crédit ouvert a été réalisé pour une somme de  
 « 2.900.000 francs ;

« Attendu qu'aux termes de trois contraintes délivrées  
 « le 2 janvier 1929 à M. Jules Chevalier et le 19 novembre 1929 au sieur Chevalier et à la Banque du Roussillon, l'Administration réclame aux sus-nommés, qu'elle  
 « prend comme ses débiteurs solidaires, la somme de  
 « 2.652 fr. 50 avec intérêts moratoires en sus, représentant le droit d'obligation à 1 %, sauf imputation du  
 « demi-droit ou du droit fixe déjà perçu sur le montant  
 « des avances consenties par le banquier, en vertu des  
 « deux actes qu'elle qualifie d'ouverture de crédit ;

1. *R.E.*, 9679 et *J.N.*, 1933, p. 371, note 3.

« Attendu que par actes des 24 janvier et 23 novembre 1929 les défenseurs ont fait régulièrement opposition aux trois contraintes, qu'ils ont également assigné le 25 octobre 1930 l'Administration en restitution de la somme de 5.622 fr. 50 perçue sur l'acte Desbœufs du 31 décembre 1928 ; qu'il convient de joindre, vu leur connexité, les instances engagées pour statuer sur leur mérite par un seul et même jugement ;

« Attendu que l'Administration soutient que l'acte par lequel une personne confère à un banquier avec lequel elle se trouve en relations d'affaires une hypothèque destinée à garantir le paiement des sommes qu'elle pourra lui devoir sous le couvert de diverses opérations bancaires, constitue une ouverture de crédits actuelle et immédiate, passible, à ce titre, du droit proportionnel de 0,50 % sur la somme garantie par l'affectation hypothécaire, nonobstant l'absence dans le contrat de tout engagement formel du créateur lorsqu'il résulte des dispositions de l'acte litigieux que cet engagement est implicite ;

« Attendu que les défenseurs soutiennent que l'engagement du créateur dans l'acte est une condition essentielle à la formation du contrat d'ouverture de crédit et que les actes litigieux ne présentent pas ce caractère en l'absence de cet engagement, qu'ils ajoutent que la perception des droits d'enregistrement se détermine d'après la substance des actes et leur forme extrinsèque, abstraction faite des intentions secrètes des parties ;

« Attendu que cette théorie spécieuse ne saurait être admise ; qu'il est de principe et de jurisprudence constante que la perception doit se régler d'après la nature juridique des actes, abstraction faite de leur qualification ;

« Attendu qu'il appartient donc au tribunal d'analyser les actes litigieux pour en définir le caractère juridique ;

« Attendu que dans l'acte du 2 juillet 1928, Chevalier confère à la Banque du Roussillon une hypothèque sur son domaine de la Grange pour garantir, jusqu'à concurrence de 1.250.000 fr., le paiement des sommes qu'il pourra devoir à cet établissement de crédit ; que l'acte règle les modalités des opérations bancaires sous le couvert desquelles la banque consentira des avances à Chevalier ;

« Attendu qu'au 31 décembre 1928, les avances consenties à Chevalier étant devenues supérieures au crédit ouvert, la banque a exigé une garantie hypothécaire plus importante ; que par un acte nouveau du 31 décembre 1928, conçu dans les mêmes termes que le précédent, Chevalier a hypothéqué, au profit de la banque, divers autres immeubles à Perpignan pour une somme de 750.000 fr.

« Attendu que l'analyse des actes ci-dessus et des circonstances qui les ont accompagnés ne laisse aucun doute sur la véritable économie des conventions litigieuses intervenues entre la banque et Chevalier ; Que le caractère juridique d'ouverture de crédit n'est pas douteux, malgré les artifices de rédaction employés par les parties dans lesdites conventions ;

« Attendu, au surplus, que Chevalier lui-même ne s'est pas trompé sur le caractère des actes litigieux, puisque, dans son acte d'opposition signifié le 21 novembre 1929, il qualifie d'ouverture de crédit les deux actes du 2 juillet et 31 décembre 1929 ;

« Attendu que cet aveu, constaté dans un acte de pro-

« cédure concernant l'instance et portant précisément  
« sur l'objet de cette instance, présente le caractère et la  
« force probante d'un aveu judiciaire ;

« Attendu qu'en raison de ce qui précède, la demande de  
« l'Administration doit être admise dans son intégralité ;

« Par ces motifs ... ».

Ces deux décisions nous permettent bien, concluent ces mêmes agents du fisc, de rétablir la qualification d'ouverture de crédit sur tous les comptes courants garantis par une sûreté et de les taxer comme tels.

Il importe peu, quoiqu'en pense M. Philippe Fargeaud <sup>1</sup>, que ces jugements ne mentionnent pas l'existence d'un compte courant. Il n'existait même peut-être aucun contrat de cette nature dans les deux affaires soumises aux tribunaux. Cela ne diminue nullement la portée de leurs décisions qui doivent être interprétées comme établissant ce principe : tout nantissement, toute affectation hypothécaire à la garantie d'opérations bancaires ou d'avances éventuelles suffit à faire présumer l'engagement du bénéficiaire de fournir crédit, ce qui s'applique bien au compte courant.

## Section II

### Réfutation de cette thèse

Ce mode de perception, si préjudiciable aux assujettis, a naturellement provoqué une vive résistance de la part de ceux-ci et de leurs conseils. Et l'émotion fut grande

1. *Le compte courant et l'hypothèque* (J.N., 1933, art. 37519, p. 329).

dans le monde des praticiens et des affaires quand le jugement de Perpignan eut paru consacrer le bien fondé de la thèse fiscale.

En réalité les deux jugements invoqués ne sont que des décisions d'espèce et rien n'autorise à leur donner une portée générale.

L'affaire soumise au Tribunal du Rhône notamment, comportait un élément particulier capable à lui seul de déterminer l'interprétation du tribunal : l'existence entre les parties d'une ouverture de crédit antérieure susceptible de faire présumer que le nouvel acte constatait, non un nouveau contrat, mais une extension du premier qui conservait son caractère. Mais c'est là une circonstance tout à fait exceptionnelle qui interdit absolument de généraliser la solution donnée à ce cas d'espèce, tel est d'ailleurs l'avis du commentateur de la *Revue d'Enregistrement*<sup>1</sup>.

Les faits sur lesquels a statué le Tribunal de Perpignan étaient beaucoup plus classiques et ne comportaient pas cet élément. Cependant les juges, qui n'ont pas hésité à énoncer « qu'il est de principe et de jurisprudence « constante que la perception doit se régler d'après la « nature juridique des actes abstraction faite de leur « qualification », n'ont nullement érigé en principe la thèse de l'Administration, qu'ils venaient pourtant clairement d'exposer : ils ont simplement reconnu la nécessité d'interpréter les actes litigieux, et décidé, en vertu de cette interprétation, que les artifices de rédaction cachaient une ouverture de crédit.

Et sur quels éléments ont-ils basé leur interprétation ?

1. *R.E.*, 8797, commentaire II.

Sur la constitution de l'hypothèque ? Non... ils se sont fondés sur l'« analyse des actes et des circonstances qui « les ont accompagnés ». Il est dès lors impossible de donner à ce jugement basé sur des circonstances particulières, circonstances évidemment toutes d'espèce, variables avec chaque affaire, la portée d'une décision de principe : une solution du 17 février 1934 déjà citée le reconnaît expressément<sup>1</sup>.

Bien plus, ces mots « et des circonstances qui les ont « accompagnés » interdisent de voir dans ce jugement une consécration de la thèse des agents de la Régie. Ne pourrait-il être tout aussi correctement interprété comme rejetant cette théorie, comme décidant que l'hypothèque n'est pas à elle seule une présomption suffisante, qu'il faut encore que les circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu « ne laissent aucun doute sur la « véritable économie des conventions litigieuses » ?

Les décisions invoquées par les agents du fisc n'ont donc pas la portée qu'ils veulent leur attribuer et ne consacrent nullement leur théorie. Leur prétention n'est d'ailleurs pas nouvelle : le 13 février 1901, le Tribunal de Dijon<sup>2</sup> la rejetait déjà refusant d'attribuer à un acte rédigé dans des termes identiques le caractère d'une ouverture de crédit, pour le motif qu'une hypothèque avait été stipulée. N'est-ce pas la preuve que les jugements invoqués ne sont que décisions d'espèce et que les tribunaux refusent d'admettre que la constitution d'hypothèque soit une présomption suffisante d'engagement du bénéficiaire ?

1. *Ind. Enreg.*, avril 1934, art. 2707.

2. *R.E.*, art. 2658.

L'appréciation de toutes les circonstances qui ont accompagné la convention est en effet absolument nécessaire pour démontrer que le prétendu compte courant est en réalité une ouverture de crédit. La constitution d'une hypothèque, contrairement à l'opinion de M. François Roger citée plus haut, n'a pas nécessairement pour cause l'engagement du créancier.

Qu'on se souvienne des circonstances qui ont amené le développement de notre pratique : impossible de voir une ouverture de crédit dans l'affectation hypothécaire consentie par l'industriel pour empêcher la clôture d'un compte courant qui, par suite de faits économiques inattendus, se déséquilibre brusquement, absurde de soutenir que le banquier prudent qui exigeait une hypothèque pour escompter les effets du teinturier s'engageait à lui faire des avances ! La garantie du risque des effets impayés, voilà le principal but de l'opération ; les événements ont suffisamment montré que ce risque est sérieux et que le banquier n'a besoin d'ouvrir aucun crédit pour le courir !

C'est précisément sur cette considération que le Tribunal de Dijon s'est basé pour rejeter la demande de l'Administration : « On comprend à merveille, disent  
« les motifs, que des commerçants aient pu au cours  
« d'une entreprise exceptionnellement importante et en  
« prévision des besoins d'argent qui pourraient les assail-  
« lir à un moment donné, consentir à leur banquier une  
« garantie supplémentaire dont l'effet ne serait point  
« d'obliger celui-ci à des avances jusqu'à un chiffre déter-  
« miné, mais serait tout au moins de nature à rendre plus  
« facile, le cas échéant, l'acceptation des valeurs portant  
« leurs signatures ».

Et qu'on n'attache aucune importance au fait que 99 fois sur 100 l'hypothèque est conférée par le client au profit du banquier : cela tient à l'impossibilité pour un industriel ou un commerçant d'exiger pratiquement pareille sûreté de la part d'un établissement de crédit, généralement très puissant, envers qui il se trouve en état d'infériorité économique, et dont l'ancienneté, la réputation, l'importance du capital et la magnificence des agences paraissent constituer — parfois à tort hélas ! — des gages de solvabilité indiscutables.

Rien n'empêche d'ailleurs juridiquement la réciprocité de l'affectation hypothécaire : on verrait très bien par exemple deux commerçants ou deux particuliers, en relations de compte courant, se fournissant mutuellement des garanties réelles pour le cas où le compte présenterait un solde débiteur à la charge de l'un d'eux.

Et l'on demande alors aux partisans de la thèse fiscale quel mode de perception ils appliqueraient à pareille opération ? Il semble tout de même difficile d'admettre qu'elle constitue une double ouverture de crédit : telle serait pourtant la conséquence logique de leur raisonnement !

Le vice fondamental de l'argumentation fiscale, c'est qu'elle suppose un droit de contrôle illimité au profit de l'Administration.

Les particuliers conservent toujours la liberté de choisir entre plusieurs procédés légaux susceptibles de réaliser le but qu'ils recherchent, celui qui donne ouverture au droit le moins élevé, à condition bien entendu que ce procédé soit sérieux et sincère, c'est-à-dire que l'acte juridique ait une existence vraie.

Ce principe que Dumoulin, d'Argentré et Guyot ont défendu dans notre ancien droit est affirmé par tous les auteurs de l'Enregistrement. La jurisprudence en a fait de multiples applications<sup>1</sup> à la pratique des obligations hypothécaires au porteur, à celle des conventions synallagmatiques par échange de lettres, aux clauses d'attribution de communauté, à l'utilisation de l'adoption pour échapper aux droits de mutation par décès au tarif « étrangers », à l'apport en société d'un immeuble ainsi transformé en parts sociales dont la cession est incomparablement moins onéreuse, etc.

Pour enrayer ces « évasions » légales, l'Administration a dû demander au législateur d'écarter, au mépris du droit civil, les conséquences fiscales de la nature juridique de la plupart de ces actes : la loi du 13 juillet 1925 reste le chef-d'œuvre du genre.

Mais cette loi n'a pas supprimé le droit pour les particuliers de choisir le procédé juridique le moins onéreux.

Cette liberté entraîne une seconde limitation au droit de contrôle de l'Administration : la qualification donnée à un acte s'impose à elle, comme au juge, quand les clauses de cet acte ne sont pas ambiguës ni incompatibles avec cette qualification. « Ce n'est que dans le cas « où, par une combinaison frauduleuse, les parties ont « substitué à leur véritable convention un contrat apparent et fictif que l'Administration peut écarter la lettre « des actes pour rétablir la réalité »<sup>2</sup>.

Comme certains de ses agents en matière d'affectation hypothécaire garantissant un compte courant la

1. Voyez Cass., 2 mai 1849 (S., 1849.1.522) ; 24 avril 1854 (S., 54.1.361) ; 11 décembre 1855 (D., 1857.1.310) ; 26 juin 1924 (*Inst. Enreg.* 3839.8).

2. Sol. 6 janvier 1928, précitée.

Régie, sous prétexte qu'elle avait le droit de rétablir le véritable caractère des stipulations, a maintes fois tenté, en se basant sur des considérations extrinsèques, de détruire la qualification donnée à un acte ne contenant aucune clause en contradiction avec celle-ci. Mais la Cour de cassation a toujours réagi contre cette tendance :  
« La formalité, a-t-elle répondu, est un moyen étranger  
« à la substance de l'acte et les agents de la perception  
« sont des tiers, n'ont jamais à intervenir pour opérer  
« dans les conventions des additions ou des changements.  
« Aucun texte n'autorise une semblable ingérence et  
« l'impôt doit être perçu d'après la teneur des actes ». L'Administration a fini par s'incliner et a accepté et reproduit ce raisonnement dans une instruction<sup>1</sup>.

Le procédé de l'affectation hypothécaire garantissant un compte courant est parfaitement sérieux et sincère : l'hypothèque est réelle, le compte courant existe bien, ni l'un ni l'autre n'est fictif. Par conséquent à moins de clauses incompatibles avec la nature du compte courant (exclusion de réciprocité des remises ou engagement de l'un des contractants de faire des avances sous une forme quelconque), les receveurs ne peuvent méconnaître la qualification donnée à l'acte et doivent percevoir les droits applicables aux affectations hypothécaires et aux comptes courants.

Le jugement du Tribunal de Dijon du 13 février 1901 précité est particulièrement expressif sur ce point ; après avoir constaté que l'acte incriminé constituait bien un acte sérieux et utile à qui ses clauses ne permettaient pas d'attribuer la qualification d'ouverture de

1. Instr. 2468, § 4.

crédit, les juges poursuivent : « Considérant que la nature,  
 « le caractère et la portée de l'acte ainsi nettement établis,  
 « il n'y a pas lieu de s'arrêter aux discussions soulevées  
 « par l'Administration de l'Enregistrement dans le but  
 « d'établir *a priori* les intentions de fraude et les vellé-  
 « tés de dissimulation chez les opposants à la contrainte,  
 « qu'il n'était pas besoin de recourir pour l'interpréta-  
 « tion de l'acte, à l'intention présumée des parties puis-  
 « *qu'il n'y avait dans l'espèce ni ambiguïté ni obscurité*  
 « *et que les énonciations littérales concordaient à la nature*  
 « *même du contrat* ».

Et cette pratique est parfaitement régulière même si, verbalement, l'une des parties a plus ou moins promis à l'autre de lui faire crédit. Les parties ont parfaitement le droit en effet de ne pré-constituer la preuve par écrit que d'une partie de leurs conventions, par exemple de constater uniquement les stipulations de compte courant et d'affectation hypothécaire ; un pareil écrit ne forme évidemment pas titre de l'engagement de faire crédit et ne permet pas de percevoir le droit d'obligation puisque ce droit n'est pas exigible sur une ouverture de crédit purement verbale.

Une solution analogue a été consacrée pour une pratique voisine : celle des constitutions de dot réalisées sous forme de don manuel. Une jeune fille qui n'a recueilli ni succession ni donation, qui n'a jamais exercé la moindre profession se trouve parfois déclarer un apport en mariage considérable dont l'origine ne peut s'expliquer que par un don manuel de la part de ses parents. Ce don n'étant pas énoncé dans l'acte, la Régie ne peut en faire la preuve puisque les droits ne sont exigibles que s'il y a eu déclara-

tion de la donation dans un acte écrit ou reconnaissance judiciaire<sup>1</sup>.

Cette thèse, contredite par le jugement du Tribunal de Dijon précité, est en opposition formelle avec la jurisprudence qui déclarait inapplicable aux intérêts des comptes courants, l'impôt sur le revenu des créances : la nature du compte courant ne permettant pas de l'assimiler à un prêt ou une promesse de prêt<sup>2</sup>.

L'Administration n'a d'ailleurs jamais fait sienne la prétention de certains de ses agents. Elle a, au contraire, à plusieurs reprises, ordonné la restitution des droits indûment perçus. Par une solution du 29 novembre 1897<sup>3</sup>, le directeur a même décidé que le droit fixe était seul exigible sur un acte par lequel un banquier ouvrait un crédit en compte courant sans indication d'aucune somme et en se réservant le droit de refuser d'escompter les effets qui ne lui conviendraient pas.

Le jugement de Perpignan n'a pas modifié l'attitude de la Régie : elle n'y a vu, elle aussi, qu'une décision d'espèce et une solution du 17 février 1934<sup>4</sup>, postérieure donc à ce jugement, a maintenu l'inexigibilité du droit proportionnel sur une affectation hypothécaire garantissant le solde éventuel d'un compte courant, parce qu'elle « ne constatait pas en même temps l'engagement ferme « du créateur de fournir des fonds jusqu'à concurrence « d'une somme déterminée » et « que le contrat ne constituait pas un titre permettant de contraindre à un versement de fonds ».

1. Cass., 28 novembre 1859 (S., 60.1.282) ; Sol. Régie, 12 novembre 1898 (D., 1900.1.390).

2. Cass., 2 juillet 1890 (S., 91.1.177) et note de M. Wahl.

3. R.E., 3549.

4. Indic. Enreg., avril 1934, art. 2707.

La pratique de l'affectation hypothécaire à la garantie du solde débiteur éventuel d'un compte courant est donc absolument correcte au point de vue fiscal.

La constitution d'une sûreté n'étant pas une présomption suffisante de l'engagement ferme du bénéficiaire de cette garantie, une seule voie restait à l'Administration : démontrer la nullité d'une pareille convention,

— soit pour défaut de cause<sup>1</sup>,

— soit parce que l'engagement du bénéficiaire de la sûreté s'il n'était ferme ne pourrait être que purement potestatif<sup>2</sup>.

« Si cette preuve était faite, la Régie s'appuyant sur  
« l'article 1157 du Code civil qui dispose qu'une conven-  
« tion doit plutôt s'interpréter dans le sens avec lequel  
« elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec  
« lequel elle n'en peut produire aucun, n'aurait pas de  
« peine à démontrer que, sous l'apparence d'une obliga-  
« tion purement potestative de la part du créiteur (ou  
« d'une obligation sans cause de la part du crédité)  
« l'acte dissimule un engagement actuel de prêter jusqu'à  
« concurrence d'une somme déterminée ».

Et c'est porter la question sur le terrain du droit civil...

1. Ce fut en effet un des arguments invoqués par la Régie devant le Tribunal de Dijon (jugement précité du 13 fév. 1901).

2. Maguéro, *op. cit.*, V<sup>o</sup> Crédit, n<sup>o</sup> 3.

## DEUXIEME PARTIE

---

# **Validité de l'Hypothèque à la Garantie d'un Compte Courant**



## TITRE PREMIER

### **CREATION PAR LA CONVENTION DE COMPTE COURANT D'OBLIGATIONS JURIDIQUES VALABLES**

L'hypothèque n'est, dans notre législation, qu'un droit accessoire (art. 2114 C. civ.). Toute constitution d'hypothèque suppose donc une obligation valable et civilement efficace.

L'affectation hypothécaire à la garantie du solde éventuel d'un compte courant n'est par suite possible que si, en entrant en compte courant, les parties, ou au moins le correspondant qui constitue la sûreté, contractent des engagements juridiquement valides. Nous ne pourrions donc examiner si ces obligations sont susceptibles d'hypothèque, en vertu des principes de notre régime hypothécaire, qu'après avoir résolu cette première question.

Que le compte courant crée des obligations valables, c'est-à-dire soit un contrat, ne semble à première vue faire aucune difficulté et ne paraît pas justifier de longs développements : les controverses sur la nature juridique de cette opération ont pu être très vives au siècle dernier, mais il y a beau temps qu'elles sont éteintes et qu'on ne

conteste plus le caractère contractuel du compte courant.

Nous nous en tiendrions donc à de très brèves indications, nous nous contenterions de citer quelques arrêts significatifs ou l'opinion particulièrement nette de quelques auteurs, si les tendances du Fisc ne faisaient renaître de leurs cendres les objections d'antan. Pour soutenir que le compte courant garanti par une hypothèque masque une ouverture de crédit, l'Administration n'a, nous l'avons dit, qu'un moyen : soutenir qu'en l'absence d'engagement de la part du bénéficiaire de la sûreté, la convention serait nulle soit pour défaut de cause, soit en raison du caractère potestatif des obligations réciproques... Mais ce sont là des arguments qu'invoquaient les auteurs qui refusaient de voir dans le compte courant un contrat.

La conclusion seule diffère : pour les civilistes c'était l'impossibilité de garantir par une hypothèque le paiement du solde, pour les agents du Fisc, ce serait la nécessité d'interpréter la convention comme cachant un engagement de faire crédit de la part du bénéficiaire de la sûreté.

Les prétentions fiscales nous obligent donc à étudier à fond cette première question et avant tout à examiner attentivement les vieilles théories.

---

## CHAPITRE PREMIER

### **OBJECTIONS A LA VALIDITÉ DU CONTRAT DE COMPTE COURANT**

Le compte courant, création essentiellement coutumière, doit à son origine et surtout aux nécessités pratiques auxquelles il répond, des conditions d'existence et des effets juridiques très particuliers. Beaucoup de juristes du XIX<sup>e</sup> siècle, frappés de l'originalité de cette opération dont les caractères n'étaient pas encore bien dégagés, se sont refusés à y voir plus qu'un mécanisme comptable, à le considérer comme un contrat susceptible d'engendrer des obligations valides : d'après certains ces obligations étaient potestatives donc nulles, d'après d'autres le contrat manquait de cause.

#### **Section I**

##### **Objection tirée de la nullité de l'obligation sous condition potestative**

En prétendant que l'engagement du bénéficiaire de la sûreté s'il n'était ferme ne pourrait être que potestatif, donc nul, l'Administration appliquerait au compte courant, une vieille querelle depuis longtemps éteinte, sur la validité de l'ouverture de crédit.

## § 1

**Controverses anciennes sur la validité de l'ouverture de crédit**

Cette convention suscita en effet de nombreux procès dans les premières années du XIX<sup>e</sup> siècle. Très fréquemment un créancier hypothécaire de 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> rang invoquait la nullité de l'hypothèque antérieure à la sienne conférée pour sûreté d'un crédit ouvert : l'obligation du débiteur, prétendait-il, consiste à rembourser les sommes qui lui seront prêtées avec intérêts, commissions, etc... mais il ne s'est pas obligé à emprunter et « s'il avait la « faculté d'emprunter 100.000 francs, il pouvait aussi « n'emprunter que 20 sous, qu'un centime ou même rien « du tout », par conséquent il dépend uniquement de sa volonté d'être ou de ne pas être débiteur, son obligation est potestative, donc nulle, par application de l'article 1174 du Code civil.

Telle était l'opinion des premiers commentateurs du Code civil : le crédité, disaient-ils, fait une promesse et se réserve en même temps de ne pas la tenir, ce sont là deux actes de volonté qui se contredisent, il ne donne pas en réalité son consentement<sup>1</sup>.

Ce raisonnement, si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 1174 était juridiquement indiscutable.

Quelques jugements admirent d'ailleurs cette argumentation et annulèrent l'hypothèque<sup>2</sup>.

Mais l'application brutale de ce texte aboutissait à

1. Delienecourt, t. III, p. 159, n° 3 ; Battur, t. II, n° 283.

2. Voyez not. Colmar, 18 avril 1806 (S., 1806.2.981) ; Liège, 26 novembre 1823 (C.N., 7.11.272) ; Nancy, 21 janvier 1848 (au S., 1850.1.91 sous Cass., 21 nov. 1849, le réformant).

une grave injustice : le créancier, irrévocablement lié, lui, avait engagé sa fortune, et même sa personne (la contrainte par corps n'était pas abolie à cette époque) et en échange, il ne pouvait valablement recevoir une obligation de remboursement et par suite hypothèque !

Elle aurait aussi entraîné, sans autre motif que le respect aveugle d'un texte, l'annulation d'innombrables conventions de ce genre et l'abandon d'une opération fort courante et très utile.

Ce sont certainement ces considérations pratiques qui inspirèrent la Cour de cassation et lui firent repousser l'objection : par un arrêt du 26 janvier 1814 qui, rendu dans une espèce classique, l'affaire Hérault-Desacres, eut la portée d'une décision de principe et fixa la jurisprudence, la Cour refusa d'appliquer l'article 1174 aux ouvertures de crédit<sup>1</sup>.

La discussion avait été très vive : le demandeur en cassation — un créancier postérieur — qui fondait son pourvoi sur une argumentation identique à celle exposée ci-dessus, n'alla-t-il pas chercher jusque dans le *Digeste*<sup>2</sup> un appui à ses prétentions !...

La Cour suprême eut incontestablement grand peine à motiver en droit l'inapplication de l'article 1174 aux ouvertures de crédit. Plusieurs moyens lui étaient proposés :

Dans une longue consultation, Sirey avait démontré que les lois romaines, tout en prohibant l'engagement

1. Cass., 26 janvier 1814 (S., 14.1.521).

2. L'article 1174 a en effet consacré les dispositions de lois romaines not. 1. 8 F.F. de oblig. et act. : « *sub hac conditione, si volam nulle fit obligatio : pro non dicto enim est, quod dare nisi velis, cogi non possis* », égal<sup>r</sup>. l. 46 § 2 et 108 § 1.

sous condition potestative, admettaient l'hypothèque pour sûreté d'une promesse de prêt. Il retournait ainsi contre le pourvoi l'argument tiré du *Digeste*<sup>1</sup>. Malheureusement, le droit romain, s'il avait gouverné notre régime hypothécaire pendant toute la Monarchie, était inapplicable à une convention postérieure au Code civil.

L'avocat général avait conclu au rejet du pourvoi : l'article 2148-4° du Code civil reconnaît, disait-il, la validité de l'hypothèque pour l'obligation éventuelle et l'ouverture de crédit engendre bien une obligation éventuelle de rembourser le créancier. L'argument était en dehors de la question : l'éventualité précisément dépendait de la volonté du créancier, était potestative ; l'avocat général l'avait oublié ...

La Cour de cassation se borna, faute de mieux, à reprendre les motifs de la Cour d'appel : par le seul fait de son acceptation, le créancier avait contracté l'obligation non seulement de rembourser le créancier des sommes qu'il lui prêterait, mais encore de lui payer intérêts et commissions ; et si le créancier pouvait faire l'usage qui lui plairait du crédit accordé ou ne pas en user du tout, l'acceptation, une fois apposées les signatures des parties au pied de l'acte, était définitive et ne dépendait plus d'une condition potestative. Motif bien faible : si l'obligation de rembourser les sommes avancées avait sa source dans l'acceptation, elle n'en était pas moins soumise à la réalisation du crédit qui, elle, dépendait de la volonté du débiteur...

1. Le texte intégral de cette consultation est rapporté sous l'arrêt de la Cour de cassation (S., 1814.1.523).

Les décisions qui suivirent reprirent cependant ce motif<sup>1</sup>.

Bientôt jugements et arrêts se contentèrent d'affirmer qu'il « est de jurisprudence que tout individu peut  
« obtenir d'un banquier ou capitaliste par consentement  
« mutuel, le crédit d'une somme déterminée à laquelle  
« l'emprunteur a la faculté d'hypothéquer ses immeu-  
« bles<sup>2</sup> ou même que l'hypothèque conventionnelle dont  
« il s'agit réunissait toutes les conditions prescrites par  
« la loi pour être valable, savoir : le consentement, la  
« capacité, l'objet de l'engagement et une cause licite »<sup>3</sup>.

La loi du 10 juin 1853 autorisant le Crédit Foncier à prendre hypothèque en vertu d'un contrat conditionnel de prêt, avant toute remise d'espèces, donna enfin une base légale à ces arrêts.

Mais déjà en présence d'une jurisprudence aussi constante quoique faiblement motivée, les créanciers de second ou troisième rangs avaient cessé de contester la validité de l'hypothèque pour ouverture de crédit et déplacé la discussion, en soutenant que l'hypothèque ne produisait effet qu'à compter du jour de la réalisation du crédit. Mais ceci est une autre question que nous retrouverons ...<sup>4</sup>.

1. Liège, 28 juin 1823 (S., 1823.2.318) ; Cass., 21 novembre 1849 (S., 1850.1.91) ; Besançon, 30 novembre 1848 (S., 48.11.729) ; Paris, 20 août 1841 (S., 41.11.541).

2. Rouen, 9 mars 1830 et Cass., 10 août 1831 (S., 31.1.371).

3. Req., 8 mars 1853 (D.P., 54.1.341).

4. Cf. troisième partie.

## § 2

**Application de cette objection au compte courant**

A l'époque où se plaidait encore la validité de l'ouverture de crédit, la pratique du compte courant était relativement peu développée, celle d'y joindre une hypothèque à peu près inexistante.

Aucun plaideur ne paraît avoir invoqué devant les tribunaux l'article 1174 pour obtenir l'annulation d'une sûreté garantissant un compte courant.

Ce texte paraît cependant s'appliquer *a fortiori* au compte courant : ce n'est plus seulement, comme dans le cas d'ouverture de crédit, l'une des parties qui peut se rendre débitrice à son gré, ce sont les deux contractants, libres d'empêcher le compte de se solder à leur désavantage, puisque les remises sont essentiellement volontaires et facultatives.

Comment, en l'absence d'engagement ferme de l'un des contractants, la Cour de cassation pourrait-elle appliquer au compte courant le motif qui lui fit valider l'ouverture de crédit ?

La Régie n'aurait-elle pas beau jeu à prétendre que pour produire effet l'hypothèque suppose un engagement de la part du bénéficiaire, donc révèle la simulation d'une ouverture de crédit ?

Non, car, depuis les derniers arrêts rendus sur la validité de l'ouverture de crédit, la jurisprudence et la doctrine ont interprété l'article 1174 comme visant seulement la condition *purement* potestative, celle qui

dépend uniquement de la volonté du débiteur. On s'accorde au contraire à reconnaître la validité de la condition *simplement* potestative, c'est-à-dire de celle qui dépend bien de la volonté du débiteur mais d'une volonté elle-même déterminée en pratique par toutes sortes de considérations extérieures<sup>1</sup>.

Dans la vie des affaires ces circonstances sont infiniment variées et ont une influence déterminante sur la volonté des parties en compte courant. Les remises sont peut-être théoriquement volontaires, mais pratiquement ... Est-elle donc potestative la dette que se crée l'industriel obligé de faire escompter son papier pour assurer son échéance ? Est-il donc parfaitement libre le négociant que le développement des affaires entraîne à accroître son stock ?

La volonté des correspondants en compte courant a en réalité une part infime dans le résultat final du compte, c'est bien le cas de parler de déterminisme ...

Maguéro l'a d'ailleurs reconnu : « Il est bien rare  
« qu'un engagement soit purement potestatif; il est  
« presque toujours soumis à des éléments étrangers à la  
« volonté de l'homme qui, lorsque cet engagement n'est  
« pas pur et simple, lui donnent le caractère éventuel.  
« Or, un engagement éventuel est valable et les parties  
« sont fondées à prétendre que l'engagement du crédi-  
« teur dans le contrat d'ouverture de compte courant

1. Lyon, 10 mars 1864 (S., 64.2.256); Req., 21 janvier 1878 (S., 78.1.269); Cass., 19 octobre 1892 (S., 92.1.558); Bordeaux, 11 juin 1895 (S., 96.2.140); Req., 25 février 1929 (*Rev. trim. dr. civ.*, 1929, p. 435); Cass., 24 décembre 1895 (S., 99.1.523); Req., 4 juillet 1932 (S., 33.1.283). Voyez également Aubry et Rau, t. IV, 5<sup>e</sup> édit., § 302; Planiol et Esmein, *Traité pratique dr. civ. français*, t. VII, p. 335 et un article de M. Demogue dans la *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 723, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*.

« est, non pas potestatif, mais éventuel ». Tel est d'ailleurs, ajoute-t-il, le cas de l'engagement du crédité dans le contrat d'ouverture de crédit<sup>1</sup>...

Reste alors à l'Administration, impuissante à démontrer le caractère purement potestatif de l'engagement de chaque contractant, à tenter de prouver, qu'en l'absence d'ouverture de crédit, l'obligation de celui qui constitue l'hypothèque serait sans cause.

## Section II

### Objection basée sur une prétendue absence de cause

Cette objection a beaucoup inquiété les praticiens amenés à user de l'affectation hypothécaire pour garantir le solde d'un compte courant.

Elle repose en effet sur une argumentation apparemment très solide :

L'obligation de payer le solde n'existe qu'à la charge de l'un des correspondants, celui au débit duquel le compte se balance ; l'autre ne doit rien. Quel engagement ce dernier aurait-il contracté ? Celui d'effectuer des remises ? Non, puisque celles-ci sont essentiellement facultatives. C'est donc que le compte courant est un contrat unilatéral.

Par suite, l'obligation de payer le solde a sa cause dans la réception de chacune des remises, tout comme la numération des deniers constitue la cause du contrat de prêt.

1. Maguéro, *op. cit.*, V<sup>o</sup> Crédit, t. II, n<sup>o</sup> 3, p. 222.

A l'ouverture du compte, au moment où est constituée l'hypothèque, aucune remise n'ayant encore été effectuée, l'obligation du constituant est sans cause. La sûreté serait donc nulle ... à moins de supposer que le bénéficiaire s'est engagé à fournir des remises, car alors la convention deviendrait synallagmatique et l'obligation du correspondant qui a conféré hypothèque aurait sa cause dans l'engagement de l'autre partie. Dans ce cas, il n'y aurait non plus compte courant pur et simple, mais ouverture de crédit donnant lieu à perception du droit proportionnel.

Conclusion du fisc : la constitution de la sûreté a pour corollaire nécessaire l'obligation pour le bénéficiaire de faire crédit.

Cette théorie avait déjà été soutenue, dans un ouvrage paru en 1878<sup>1</sup> par un juge de paix belge, Le François, qui ajoutait que, même en cours de fonctionnement, le compte courant ne pouvait être garanti par une hypothèque. L'obligation garantie, même en l'absence d'ouverture de crédit, n'est certes plus sans cause puisque des remises ont été faites. Mais, disait-il, que garantirait la sûreté ? L'obligation de payer le solde ? Non ... car cette obligation est formée par l'addition des remises successives et l'hypothèque ne saurait garantir les remises effectuées après sa constitution, qui n'ont à cette époque aucune existence juridique. Inutile d'opposer à Le François que les parties, libres de faire telles conventions qu'il leur plaît sous la seule réserve de ne pas contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont parfaitement en droit de stipuler que l'hypothèque constituée

1. *Traité du crédit ouvert en compte courant avec affectation hypothécaire.*

initialement pour garantir les créances déjà inscrites en compte courant, s'étendra automatiquement à toutes celles qui le seront dans la suite. Il leur dénie ce droit, car d'après lui en l'absence d'inscription spéciale, prise lors de chaque nouvelle remise, cette extension de l'hypothèque serait inopposable aux tiers, insuffisamment avertis par l'inscription primitive.

Et d'ailleurs, ajoutait Le François, l'hypothèque ne peut garantir davantage des remises antérieures à sa constitution, puisque les créances que celles-ci avaient engendrées, transformées en article de débit et de crédit, se sont éteintes.

L'opinion de Le François n'a jamais été suivie par aucun tribunal et son ouvrage est totalement oublié. Il n'y a aucune raison pour que son objection, reprise à l'appui d'une thèse fiscale, trouve créance aujourd'hui.

M. Philippe Fargeaud a soigneusement examiné la valeur du raisonnement que nous venons d'exposer<sup>1</sup>; il a démontré qu'il reposait sur une méconnaissance totale de la véritable nature juridique du compte courant et de son but économique : prétendre que l'obligation de payer le solde a sa cause dans la réception des remises, c'est en effet confondre le compte courant avec les contrats générateurs des remises, c'est lui refuser une existence distincte, c'est nier qu'il soit capable à lui seul de faire naître des obligations valables, autrement dit qu'il constitue un contrat.

Opinion insoutenable en droit — nous le démontre-

1. Fargeaud, article cité, n° 58.

rons au chapitre suivant — et contraire à toute la jurisprudence et à toute la doctrine.

Dès lors, l'argumentation s'effondre d'elle-même. Une exacte appréciation de la nature juridique de l'opération force à admettre que, par le seul fait de l'ouverture du compte, les correspondants contractent l'un envers l'autre des obligations réciproques : obligation pour chacun de laisser ses remises perdre leur individualité et se transformer en articles de crédit, obligation de considérer le solde qui apparaîtra à la clôture comme l'expression chiffrée d'une créance avec telles conséquences que de droit. Et l'engagement de chacun a pour contre-partie, pour « cause » l'engagement identique pris par l'autre à son égard<sup>1</sup>.

La jurisprudence n'a tenu aucun compte d'une théorie aussi dénuée de fondement :

En cas d'ouverture de crédit en compte courant, la thèse de Le François aurait conduit logiquement à limiter étroitement l'hypothèque aux seules avances promises par le créiteur et effectuées strictement dans les conditions de temps et suivant les modalités stipulées pour la réalisation du crédit. La jurisprudence s'est, au contraire, montrée fort libérale : prenant en considération l'élément nouveau que constituait l'existence d'un compte courant, elle a décidé que l'hypothèque garantissait le solde du compte, même si rentraient dans celui-ci des remises faites avant l'ouverture de crédit<sup>2</sup>, ou après le terme

1. Clément, *Etude sur le compte courant*, 1889. — Le caractère synallagmatique du compte courant est admis par tous les auteurs modernes : Voyez Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> édit., t. II, n° 1474 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5<sup>e</sup> édit., 1925, t. IV, n° 787 et 796 ; Fargeaud, article cité, n° 17 et 31.

2. Dijon, 7 novembre 1872 (S., 73.11.84) ; Cass., 29 décembre 1880 (S., 81.1.163) et 24 juin 1903 (S., 1904.1.220)

prévu pour la réalisation <sup>1</sup>, ou même à un moment où la limite du crédit était atteinte <sup>2</sup>.

Et un arrêt de la Cour de Rennes du 17 mai 1933 <sup>3</sup> a déclaré expressément : « Attendu que le compte courant « est une *convention synallagmatique* qui n'a d'effets « qu'entre les parties contractantes ».

L'argument tiré du défaut de cause ne fournit donc pas à l'Administration une base meilleure que celui tiré du caractère potestatif de l'obligation garantie. Elle l'a d'ailleurs invoqué en vain — accessoirement, il est vrai — dans l'affaire soumise au Tribunal de Dijon, le 13 février 1901 : les juges ont expressément repoussé le défaut de cause <sup>4</sup>.

1. Paris, 21 décembre 1852 (S., 53.2.5).

2. Cass., 2 juillet 1877 (S., 77.1.404).

3. S., 1934.2.17.

4. Voyez ci-dessus, p. 39.

---

## CHAPITRE II

### **PREUVE THÉORIQUE DE LA CRÉATION PAR LE COMPTE COURANT D'OBLIGATIONS VALABLES**

Lorsque la situation tragique, issue de la crise, provoqua la multiplication des affectations hypothécaires à la garantie de comptes courants, la validité de l'opération ne parut faire aucune difficulté. Ni les contentieux des banques, ni les notaires appelés à donner l'authenticité à ces actes n'y virent d'objections. Depuis longtemps les controverses doctrinales sur la nature juridique du compte courant étaient éteintes, la jurisprudence n'avait jamais beaucoup varié et en tous cas était fixée depuis près d'un siècle : tout le monde considérait le compte courant comme un contrat générateur d'obligations civilement efficaces.

Et nul n'aurait sans doute songé à émettre le moindre doute à ce sujet si un esprit de fiscalité excessif n'avait poussé certains receveurs d'Enregistrement à percevoir sur l'affectation hypothécaire consentie pour sûreté d'un compte courant les droits d'ouverture de crédit, et, le droit fiscal ne fournissant pas une base satisfaisante à leur prétention, ne les avait amenés à reprendre des théories abandonnées depuis longtemps.

Ces objections étaient bien oubliées et pouvaient paraître nouvelles à des praticiens, pour qui les vicissitudes passées d'une théorie aussi spéciale que celle du compte courant présentaient jusque là un intérêt purement platonique. Il est donc tout à fait compréhensible que les notaires en aient conçu quelques craintes et aient hésité par la suite à engager leur responsabilité en prêtant leur ministère à une constitution d'hypothèque pour une obligation d'existence douteuse.

Avant de montrer que jurisprudence et doctrine sont unanimes à considérer le compte courant comme un contrat, il n'est donc pas superflu d'apaiser ces craintes en montrant que les principes qui régissent la matière des contrats en droit français aussi bien que les règles particulières reconnues au compte courant, forcent à admettre que deux parties qui conviennent d'entrer en compte courant, contractent, dès leur échange de volontés, des obligations civilement efficaces, donc susceptibles d'être garanties par une hypothèque.

En effet :

1<sup>o</sup> Il est indiscutable que le compte courant produit des effets juridiques : pourquoi alors serait-il incapable d'engendrer des obligations ?

2<sup>o</sup> Les individus ont toute liberté de régler comme ils l'entendent la nature et l'étendue de leurs engagements.

3<sup>o</sup> Enfin, le compte courant remplit toutes les conditions de validité exigées par le Code civil pour la validité des contrats.

## Section I

### Les effets juridiques du compte courant

Au premier abord, sous sa forme matérielle, le compte courant se présente évidemment comme l'expression chiffrée des relations d'affaires de deux individus, c'est-à-dire comme un cadre de comptabilité. Mais dès que l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que le procédé comptable n'est que l'exécution d'une convention, qui s'accompagne d'effets juridiques indéniables.

On ne peut contester que le compte courant produit notamment les effets juridiques suivants que ne saurait faire naître un simple mode de comptabilité :

1° Suspension des règles d'exigibilité des créances inscrites en compte, puisque le but poursuivi est de supprimer les multiples règlements.

2° Inapplication, pour le même motif, des règles sur l'imputation des paiements et la compensation.

3° Transfert de propriété des remises. Ce transfert de propriété a lui-même d'importantes conséquences : possibilité pour le récepteur de disposer à son gré des remises, irrévocabilité de celles-ci, mise des risques à la charge du récepteur.

4° Extinction, sauf convention contraire, de toute créance entrée en compte courant, ainsi que des actions et des garanties qui y étaient attachées : ceci résulte de la transformation de cette créance en un simple article de crédit ou de débit.

5° Possibilité d'anatocisme, c'est-à-dire de capitaliser

les intérêts sans convention spéciale et par fractions de temps inférieures à une année <sup>1</sup>.

6° Interruption de la prescription particulière à chacune des créances anciennes et application de la prescription de droit commun.

Comment expliquer ces effets ? Beaucoup de juristes ont enseigné qu'ils n'étaient que les conséquences logiques de la nature spéciale du compte courant et qu'ils découlaient tous de deux grands principes : effet novatoire et indivisibilité. Conception beaucoup trop abstraite et trop rigide qui conduisit parfois à de véritables iniquités et provoqua une vive réaction que nous exposons au chapitre suivant.

En réalité, ces effets ne peuvent s'expliquer que par le but poursuivi, par la volonté des parties <sup>2</sup>. Mais l'intention des correspondants ne comporte-elle pas aussi, pour celui d'entre eux qui sera finalement débiteur, l'obligation de payer le solde ? Comment admettre que la volonté des parties, capable d'opérer transfert de propriété des remises, ne puisse engager les contractants à payer le solde futur ?

Absurdité qui irait à l'encontre du principe de la liberté contractuelle.

1. Voyez pour la justification de cette dérogation à l'article 1125 du Code civil : Hamel note sous Cass., 21 juillet 1931 (D.P., 1932.1.49) ; Fourgeaud, article cité (*J.N.*, 1933, p. 346, n<sup>os</sup> 35 à 38).

2. Esmein, note sous Cass., 23 janvier 1922 (S., 23.1.225) et *Rev. trim. dr. civ.*, 1920, p. 79.

## Section II

### Application du principe de la liberté contractuelle

La plupart des Codes étrangers ont consacré de longs articles au compte courant <sup>1</sup>.

On n'en trouve au contraire dans toute notre législation civile qu'une seule mention, encore est-elle tout à fait accidentelle : c'est l'article 575 du Code de commerce qui permet, en cas de faillite, de revendiquer le prix de vente des marchandises consignées au failli pour être vendues pour le compte du propriétaire, à moins que ce prix de vente n'ait été « compensé en compte courant » entre le failli et l'acheteur ».

Nos législateurs ne se sont souciés de cette pratique si fréquente que pour lui appliquer des impôts auxquels sa nature juridique l'aurait fait normalement échapper !

Ce silence de nos lois s'explique d'ailleurs fort aisément : au moment de la rédaction du Code civil et du Code de commerce, le compte courant était d'un usage fort restreint et considéré avant tout comme un mécanisme comptable ; la nécessité d'une réglementation ne se faisait pas sentir ; d'autre part la pratique s'en généralisa d'abord uniquement dans le monde du commerce, et les commerçants, habitués à voir leurs rapports réglés en grande partie par de simples usages, créèrent rapidement en cette matière un véritable droit coutumier que

1. Codes de commerce allemand, articles 355 et suiv. ; italien, articles 345 à 348 ; portugais, articles 344 à 350 ; argentin, articles 371 à 397 ; japonais, articles 290 à 295 ; chilien, articles 602 à 615 ; roumain, articles 370 et suiv.

la jurisprudence enregistra. Pourquoi dès lors remplacer ce droit coutumier, dont la souplesse convenait parfaitement aux nécessités des affaires, par une loi fatalement rigide et difficile à adapter à une multitude de situations diverses ?

Mais absence de réglementation ne signifie pas inexistance juridique : quantité de conventions sont ainsi de pratique constante, qu'aucun texte n'autorise : telles furent jusqu'à la loi du 13 juillet 1930 les assurances terrestres, tel est encore le contrat d'édition...

Le fameux article 1134 du Code civil : « Les conventions « légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les « ont faites » n'implique-t-il pas le droit pour les individus de créer des types de contrats non prévus par la loi et de régler librement la nature et l'étendue de leurs obligations ?

C'est précisément le développement de plus en plus grand des transactions qui a amené la proclamation de cette règle : il a bien fallu assouplir la technique juridique pour adapter le droit à des nécessités pratiques de plus en plus impérieuses.

Le principe de la liberté contractuelle est un principe de civilisation fort évoluée, il convient à un peuple suffisamment raisonnable pour qu'un homme puisse se fier à la parole d'un autre homme, à une nation chez qui les rapports économiques, et non plus les luttes intestines, constituent la plus grande partie des relations entre ses membres. Les peuples primitifs l'ignorent : chez eux, la vie en économie fermée réduit au minimum les transactions, la rudesse et la barbarie empêchent toute sécurité et toute confiance : leur droit est avant tout une procé-

de plus en plus dure exigeant pour la validité de toute convention le formalisme le plus strict.

Il en était ainsi à l'origine de Rome : toute la vie économique était concentrée dans la « gens » ; les transactions entre membres de familles différentes étaient exceptionnelles. Le droit romain primitif ne connaissait que quatre types de contrats : *nexum*, *mutuum*, *expensilatio* et surtout *stipulatio*. Pour s'obliger valablement, les contractants devaient observer scrupuleusement toutes les formalités prescrites. Tout accord de volontés qui ne rentrait pas dans le cadre d'un de ces contrats était sans valeur.

Mais un pareil système devint beaucoup trop rigide lorsque les transactions se multiplièrent : celles-ci firent naître des conventions nouvelles que n'avaient pu prévoir les lois anciennes, et qui, ne pouvant se conclure par l'un des modes admis, étaient sans valeur. D'autre part, les solennités requises pour la validité des contrats reconnus devinrent insupportables quand le développement des relations obligea à s'y soumettre de plus en plus souvent.

Les Romains souffrirent de ces inconvénients dès que la vie économique eut débordé le cadre de la « gens », dès que le commerce apparut, c'est-à-dire dès l'époque des grandes conquêtes. Cette situation nouvelle amena à reconnaître de nouveaux types de contrats : les contrats consensuels et les contrats réels. C'était insuffisant ; nombre de pactes restaient encore sans valeur juridique. Les prêteurs comprirent qu'il fallait adapter le droit aux nécessités pratiques sous peine d'entraver l'accroissement de la prospérité, et n'hésitèrent pas à prendre l'initiative de sanctionner les pactes les plus utiles :

pactes adjoints, pacte de serment, pacte de constitut, *recepta*... Ils allèrent plus loin et accordèrent dans tous les cas une action au contractant qui avait exécuté sa promesse, sanctionnant ainsi les contrats innommés. Le vieux principe subsistait toujours mais les exceptions étaient devenues plus considérables que ses applications.

Les Romains introduisirent leur droit en Gaule aussitôt la conquête, ce qui facilita les transactions commerciales devenues rapidement très actives...

Mais au IV<sup>e</sup> siècle, les incursions incessantes des Germains, créent une insécurité grandissante, les échanges se ralentissent, la vie économique se restreint au cadre de la *villa* ou de la *cité*. Au V<sup>e</sup> siècle, la Gaule est passée sous la domination de ses envahisseurs : ce sont des barbares, vivant avant tout pour la guerre et la chasse, ignorant l'écriture et le commerce. Le recul de la civilisation provoque un retour au droit formaliste. Les transactions ne dépassent plus le cadre de la cité ou de la seigneurie, il n'est plus besoin d'une législation souple, s'adaptant à une multiplicité d'opérations.

Aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles, les guerres privées disparaissent, la sécurité revient, le commerce renaît.

Ce renouveau économique, origine de l'émancipation des villes, provoqua une évolution identique à celle qu'avait déjà produite à Rome l'apparition du commerce. C'est aux canonistes que revient l'honneur d'avoir adapté la technique juridique aux mêmes nécessités pratiques reparues : ils imaginèrent de faire s'engager les parties par serment à exécuter leurs obligations ; dès lors, toute personne qui n'exécutait pas sa promesse devenait parjure, commettait un péché mortel et encourait les peines ecclésiastiques. Et, comme il s'agissait

d'une question de conscience, le serment n'avait pas besoin d'être revêtu d'une solennité quelconque ; pour la même raison l'officialité ne tenait pas compte seulement des mots, mais de la volonté réelle du contractant. Les canonistes renversaient ainsi le vieux principe romain : dès 1212 Johannes Teutonicus déclarait expressément « *Ex nudo pacto actio oritur* »<sup>1</sup>.

Plus tard, au XIV<sup>e</sup> siècle, glossateurs et post-glossateurs, docteurs *ex utroque jure*, firent pénétrer la doctrine canonique dans le droit séculier, en s'attachant à démontrer la conformité du droit canonique avec la législation de Justinien : ils n'y parvenaient, il est vrai, qu'au prix d'une interprétation hardie des textes du Code et du *Digeste*, mais qu'importent quelques petites privautés envers de vieux textes si un grand progrès en est la conséquence !

Le XVII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle connurent un nouvel essor économique : aussi les jurisconsultes de cette époque, Domat et Pothier, proclamèrent-ils vigoureusement le principe libéral.

L'apparition de la grande industrie, fait capital du XIX<sup>e</sup> siècle, la multiplicité extraordinaire des transactions, l'accélération de la vitesse de circulation des capitaux, ont nécessité une simplification des règlements et une grande souplesse du crédit : c'est de ces besoins qu'est né le compte courant.

Pourquoi refuser de lui appliquer le principe de la liberté des conventions dont la raison d'être réside précisément dans la nécessité de valider des opérations

1. Apparatus sur le décret de Gratien, *Canon 12 juramenti, cause 22, quaestio 5, V<sup>o</sup> distantiam*.

juridiques fort utiles que le Code n'a pu prévoir ? Les prêteurs romains n'ont pas hésité à écarter un principe prohibitif pour ses conséquences fâcheuses et, dans une situation identique, nous refuserions d'appliquer le principe inverse !

Il faut tenir compte, il est vrai, de la limite édictée par l'article 6 du Code : « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Mais quelle disposition d'ordre public viole donc le compte courant ? En quoi porte-t-il atteinte aux bonnes mœurs ?

### **Section III**

#### **Le compte courant possède tous les éléments exigés pour la validité des contrats**

D'après l'article 1108 du Code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ».

Le compte courant est susceptible de remplir ces conditions.

#### **§ 1**

##### **Consentement et capacité**

On aurait pu soutenir que les correspondants en entrant en compte courant ne s'engageaient jamais que sous condition potestative, puisque les remises sont essen-

tiellement volontaires ; qu'ainsi ils ne consentaient pas en réalité à s'obliger, car faire une promesse et se réserver la faculté de ne pas la tenir sont deux actes de volonté qui se contredisent. Mais nous avons déjà fait justice de cette opinion...

La nature du compte courant n'empêche donc pas les parties de donner un consentement véritable. On ne concevrait pas au contraire un individu entrant en compte courant et ne consentant pas à s'obliger à payer le solde, à laisser les remises perdre leur individualité, etc.

Comme tout contrat, tel ou tel compte courant particulier pourra être annulé pour absence ou vice du consentement, ou encore pour incapacité. Mais la nullité aura alors pour cause non la nature du compte courant en général, mais la déficience d'un de ses éléments essentiels dans la personne des contractants. Une vente, un prêt peuvent être annulés pour les mêmes raisons : serait-il pour cela possible de prétendre que la vente et le prêt ne sont pas des conventions valables ?

Consentement et capacité sont deux éléments extérieurs au contrat qui se rapportent aux parties, non aux obligations. Comment leur défaut pourrait-il affecter la validité du compte courant considéré *in abstracto* ?

## § 2

### Objet

Ce sont les remises qui constituent l'objet du compte courant.

Evidemment, cet objet n'existe pas encore au moment où les consentements s'échangent. Généralement les

premières remises suivent immédiatement l'entrée en rapport de compte courant. Mais il en est parfois autrement, et des mois peuvent s'écouler avant que le compte commence à fonctionner.

Le contrat n'a-t-il aucune existence jusque-là ? Ne devient-il valable et par conséquent n'engendre-t-il des obligations à la charge des contractants que le jour où est effectuée la première remise ? Il n'en est rien : notre Code permet expressément les contrats sur choses futures : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation » (art. 1130) et les applications en sont extrêmement fréquentes : ventes de marchandises non encore fabriquées, de récoltes futures, de maisons sur plan, etc. et, de par la nature même des choses, toutes les conventions ayant pour objet un service à rendre.

L'obligation de payer le solde existe donc même alors que le contrat de compte courant manque encore d'objet : elle risque simplement de devenir caduque si cet objet n'arrive pas à existence, c'est-à-dire si aucune remise n'est effectuée.

Mais le Code civil exige que l'objet, non seulement existe, mais encore soit déterminé (art. 1129). Il ne semble pas, pourrait-on dire, que le compte courant remplisse cette condition puisqu'il est impossible avant la clôture, de prévoir le chiffre exact des remises qui seront effectuées.

Il n'en est rien : cet article 1129 exige simplement que l'objet soit déterminé « quant à son espèce » et les remises du compte courant satisfont parfaitement à cette condition puisqu'elles se traduisent toujours en une somme d'argent. Ce n'est pas leur nature qui est incertaine, c'est leur quotité : ce que l'article 1129 admet, à condition

que cette quotité *puisse* être déterminée. Quoi de plus facile en l'espèce, puisqu'il suffit d'additionner les articles de crédit et les articles de débit ?

La même objection vaudrait d'ailleurs contre l'ouverture de crédit : le chiffre maximum du crédit peut bien être fixé, le crédité n'est nullement obligé de le réaliser entièrement et il est impossible de déterminer le montant des avances au moment de la convention. Et la validité de cette opération est pourtant hors de doute.

### § 3

#### Cause

« L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

Tel est le texte de l'article 1131 du Code civil qui provoqua les plus violentes discussions, et divise encore les civilistes.

Les querelles sur la notion de cause ne sont pas éteintes et il n'entre pas dans notre sujet de les exposer.

Mais avant de prouver que le compte courant satisfait aux prescriptions de l'article 1131, il convient de rappeler succinctement l'interprétation donnée par la jurisprudence en matière de contrats onéreux.

L'article 1131 exige de tout contrat : 1<sup>o</sup> une cause existante ; 2<sup>o</sup> une cause licite.

Ce sont, d'après les tribunaux, deux questions différentes, et il ne faut pas prendre le mot « cause » dans le même sens, suivant que l'on se trouve dans l'une ou l'autre situation.

S'agit-il d'apprécier si un contrat a bien une cause ?

Il faut alors prendre le mot « cause » dans le sens de contre-prestation : dans les contrats synallagmatiques, par exemple, l'obligation de chacune des parties a pour cause l'obligation de l'autre contractant. C'est pourquoi la Cour de cassation a annulé la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure aux revenus de cet immeuble, car la prestation de l'acquéreur est alors illusoire et l'obligation du vendeur n'a donc pas de contre-partie, pas de cause.

S'agit-il au contraire d'apprécier si la cause n'est pas illicite ou immorale ? Le mot « cause » signifie alors motif qui a déterminé chacune des parties à contracter. Les tribunaux peuvent ainsi annuler tous les contrats dans lesquels les parties se sont proposées de réaliser un acte illicite ou immoral. Cette jurisprudence s'est surtout manifestée en matière de donations, mais on en rencontre aussi de fréquentes applications dans les actes à titre onéreux : annulation des contrats relatifs aux maisons de tolérance, des contrats conclus en vue du jeu, des effets de complaisance.

Le motif déterminant est évidemment personnel aux parties, la notion de cause dans sa deuxième acception est essentiellement subjective, extérieure au contrat. La question de licéité de la cause peut donc se poser pour tel ou tel compte courant particulier, elle ne saurait affecter la validité du compte courant considéré *in abstracto* : tout comme la validité du contrat de prêt n'est pas diminuée parce que des individus y ont recours pour satisfaire leur passion du jeu.

Reste à prouver que la cause existe dès l'accord de volontés, avant toute remise.

A moins de prétendre que le compte courant constitue un contrat unilatéral, opinion dont nous avons démontré l'inexactitude, il faut bien admettre que la cause des obligations de chaque correspondant existe dès l'échange de consentements : les obligations de chacun des correspondants ont pour cause les engagements de l'autre. Par suite de la possibilité de réciprocité des remises, caractéristique essentielle du compte courant, ces obligations sont d'ailleurs identiques de part et d'autre : l'engagement que prend l'une des parties de laisser ses remises se transformer en articles de crédit, de ne pas exiger le remboursement de ceux-ci avant la clôture, de payer le solde qui apparaîtra alors s'il est à son désavantage, etc. a donc pour cause l'engagement absolument symétrique de son co-contractant, et que celui-ci a promis de tenir par le seul fait de son consentement.

Cette contre-prestation existe dès l'origine ; qu'on n'objecte pas qu'elle est illusoire, que les obligations de l'un ne présentent aucun intérêt pour l'autre : pourquoi la pratique du compte courant se serait-elle alors généralisée ? Ces engagements n'ont-ils pas pour effet de simplifier les règlements, avantage considérable qui constitue la raison d'être du compte courant ?

Toutes les législations étrangères qui ont réglementé le compte courant l'ont traité comme un contrat. Chez nous, la loi est absolument muette à cet égard, mais l'accord de la doctrine et de la jurisprudence sur la nature contractuelle de cette opération dissiperait tous les doutes, si le lecteur en avait encore.

---

## CHAPITRE III

### **UNANIMITÉ DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE SUR LA NATURE CONTRACTUELLE DU COMPTE COURANT**

L'histoire de la doctrine et de la jurisprudence en matière de compte courant a été obscurcie par une fâcheuse erreur commise en 1840 par deux auteurs, Delamarre et Le Poitvin : ceux-ci s'imaginèrent que juges et auteurs n'avaient vu jusqu'alors dans le compte courant qu'un « cadre de comptabilité ». Erreur qui eut les plus funestes conséquences :

1<sup>o</sup> Elle donna naissance à la croyance que la tradition antérieure avait refusé au compte courant la nature de contrat, ce qu'elle n'avait jamais fait.

Sur la distinction, ainsi créée, du « compte courant-contrat » et du « compte courant-mode de comptabilité » se développèrent bien des controverses et de vaines argumentations, dont le seul résultat fut d'obscurcir la notion, jusque là très claire, de compte courant.

2<sup>o</sup> Les principes abstraits, que la théorie classique française tira de cette opposition, se révélèrent trop rigides et absolus pour les besoins du commerce : pour éviter

les injustices et les abus auxquels leur application logique aurait donné lieu, les juges furent entraînés dans un dédale de contradictions. Ces « dogmes » ont provoqué de très vives critiques de la part de quelques auteurs modernes qui, par réaction, ont manifesté une certaine tendance à se rapprocher de la conception « cadre de « comptabilité ».

Une étude attentive des auteurs et des arrêts amène à conclure que la nature contractuelle du compte courant n'a jamais été contestée, qu'au contraire la doctrine et la jurisprudence l'ont toujours admise<sup>1</sup>.

## Section I

### La doctrine

#### § 1

##### Avant 1840

Deux grands juristes avaient traité du compte courant avant 1840 : Merlin, représentant à la fois de l'ancien droit, du droit de la Révolution et du droit moderne, et Pardessus qui devait fonder la théorie française en matière commerciale.

Dans son *Répertoire*, Merlin définissait ainsi le compte courant : « En terme de commerce, l'état que deux commerçants qui sont en relations d'affaires, tiennent de

1. M. Mater a exposé les déboires de la jurisprudence et de la doctrine et fait la lumière sur l'histoire de la notion de compte courant dans son article *Compte courant. Variations de jurisprudence et de doctrine* (*Rev. du droit bancaire*, 1932).

« leurs doit et avoir mutuels ; et en terme de banque,  
 « le tableau des lettres de change que les négociants  
 « et banquiers tirent les uns sur les autres et des remises  
 « qu'ils se font réciproquement ».

Et il ajoute dans ses *Questions de droit* :

« Le banquier qui doit un solde de compte courant  
 « doit une somme dont il a la pleine propriété ... Le débi-  
 « teur par dépôt n'est propriétaire de la chose déposée  
 « que dans le cas où il en a promis l'intérêt. Le débiteur  
 « par compte courant est toujours et dans tous les cas  
 « possible propriétaire de la somme qui forme le solde  
 « de son compte ».

Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*<sup>1</sup> perfectionna le système, mais exposa une conception identique : état des remises réciproques entre deux correspondants, qui permet d'ajourner le règlement final, et qui jusque là se poursuit à charge d'intérêts dans les deux sens ; il ne comporte ni compensation, ni opposition, ni échéance fixe et ne se balance avant sa clôture que par des crédits et débits éventuels ; les remises traduisent les résultats de toutes les variétés possibles de contrats entre correspondants : vente, mandat, prêt, jeux de bourse et endossement d'effets, etc. ; le récepteur devient propriétaire des effets, mais n'en crédite son correspondant que sous condition d'encaissement.

Evidemment ni Merlin ni Pardessus n'avaient écrit en toutes lettres que le compte courant est un contrat, et s'ils avaient dit qu'il est une opération comptable, ils n'avaient pas prétendu que cette opération comptable n'était pas un contrat. Ils ne l'avaient pas dit parce

1. 6<sup>e</sup> édit., nos 475-476 et 1221.

qu'il va de soi qu'une opération peut être à la fois contractuelle et se traduire par une écriture comptable ; cela faisait si peu de doute dans leur esprit qu'ils énoncent sans commentaire les divers effets juridiques qu'ils reconnaissent à cette opération.

Ce sont leurs successeurs qui ont inventé l'opposition entre les deux termes.

## § 2

### La doctrine classique française

La définition donnée par Delamarre et Le Poitvin dans leur *Traité de droit commercial* est devenue célèbre :  
 « *Le compte courant est un contrat* par lequel l'un des  
 « contractants remet à l'autre ou reçoit de lui de l'ar-  
 « gent ou des valeurs non spécialement affectées à un  
 « emploi déterminé, mais en toute propriété, et même  
 « sans l'obligation d'en tenir l'équivalent à celui qui  
 « remet, à la seule charge pour celui qui reçoit d'en crédi-  
 « ter le remettant, sauf règlement par compensation, à  
 « due concurrence, des remises respectives sur la masse  
 « entière du crédit et du débit ».

Cette définition ne révolutionnait pas la notion de compte courant, comme le croyaient ces auteurs et comme on l'a pensé sur leur affirmation ; mais elle avait le grand mérite d'exprimer le caractère contractuel du compte courant, ce que n'avaient fait ni Merlin ni Pardessus.

Elle fut mille fois reprise depuis, avec des variantes de forme, par le *Répertoire Dalloz* de 1849, par tous les ouvra-

ges consacrés au compte courant<sup>1</sup> et par tous les grands traités de droit commercial<sup>2</sup>.

L'Administration de l'enregistrement l'a adoptée<sup>3</sup>.

A la suite de Delamarre et Le Poitvin, toute la doctrine classique française a donc proclamé la nature contractuelle du compte courant.

### § 3

#### Tendances de la doctrine moderne

Malheureusement, leurs successeurs ne se contentèrent pas de reprendre leur définition, ils répétèrent leur erreur et continuèrent à opposer compte courant-contrat et compte courant-cadre de comptabilité.

Il fallait justifier cette attitude... pour cela on crut bon d'attribuer au compte courant des effets très particuliers, rigides et abstraits que l'on rattacha à deux grands principes découlant, disait-on, de la nature même du compte courant : l'indivisibilité et l'effet novatoire.

La théorie était très logique ... on avait seulement oublié que le droit doit s'adapter à des situations pratiques et positives et non se perdre en raisonnements abstraits. Sinon l'on aboutit à des conséquences apparemment logiques, mais pratiquement désastreuses, à des injustices et des abus. Les errements de Le François en sont le meilleur exemple !

1. Feitu, *Du compte courant*, 1873 ; Clément, *Etude sur le compte courant*, 1889.

2. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, 1884 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, nos 797 et suiv. ; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. II, nos 1466 et suiv. ; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, n° 1662.

3. Déclaration de M. Deligne directeur de l'Enregistrement rapp. par M. Mater dans son article (*ibid.*, p. 155, note 2).

Rien d'étonnant à ce que les « dogmes » reconnus à la suite de la soi-disant innovation de 1840 se soient rapidement révélés trop rigides et trop étroits. Il fallut bien y reconnaître des dérogations de plus en plus nombreuses, d'où confusion, contradictions et obscurités.

Ce résultat fâcheux provoqua de la part de quelques auteurs de vives critiques contre les « dogmes » sacro-saints de l'indivisibilité et de l'effet novatoire <sup>1</sup>.

Ne peut-on craindre, par contre-coup de cette réaction, une révision de la conception traditionnelle ? M. Mater notamment voit dans le compte courant une « quantité » d'articles comptables qui forment au moins une masse « gouvernée par des intentions communes, par de mêmes conditions d'intérêt, par une certaine indétermination jusqu'à la balance finale ». N'est-ce pas la manifestation d'une certaine tendance vers la conception « cadre » de comptabilité ? Paradoxe conséquence de l'erreur de Delamarre et Le Poitvin !

Il serait cependant téméraire d'affirmer que les juristes modernes refusent au compte courant la qualification de contrat : s'ils refusent de faire du compte courant un contrat très particulier, aux effets stricts et rigides. MM. Esmein et Hamel continuent en effet à proclamer que c'est un contrat, mais un contrat accessoire : « Le compte courant, écrit notamment M. Hamel <sup>2</sup>, est lié à une pluralité de contrats très divers, toutes les opérations du banquier avec son client, du commissionnaire avec son commettant, ces divers contrats

1. Esmein, *Essai sur la théorie juridique du compte courant* (Rev. trim. dr. civ.), 1920, p. 79 et note sous Cass., 23 janvier 1922 (S., 23.1.225) ; Mater, article cité ; Hamel, note sous Cass., 21 juillet 1931 (D., 1932.1, p. 49) et rapport à la Société d'études législatives (*Bulletin*, 1934, n° 3).

2. Note sous Cass., 19 novembre 1929 (D., 1930.1.100).

« engendrent des créances variées qui passent dans le  
 « compte sous forme d'articles de débit et de crédit,  
 « sans que disparaisse le lien qui unit chaque article au  
 « contrat dont il est né. Ce ne peut être qu'un contrat  
 « de second rang, destiné à faciliter la réalisation d'au-  
 « tres contrats en uniformisant, pour les couler dans un  
 « moule unique les diverses méthodes de paiement et  
 « d'exécution ». Et M. Escarra considère lui aussi le  
 compte courant comme un contrat accessoire <sup>1</sup>. M. Mater,  
 par ailleurs, admet qu'il existe une masse distincte de  
 chaque article comptable, masse que peut garantir une  
 sûreté.

Malgré de fâcheux errements, le compte courant a donc  
 toujours été considéré par la doctrine française comme  
 un contrat. La jurisprudence n'a pas davantage varié.

## Section II

### La jurisprudence

#### § 1

##### Jurisprudence antérieure à 1840

Si aucun arrêt, ni aucun jugement n'a affirmé expressément que le compte courant est un contrat, aucun n'a par contre refusé d'y voir autre chose qu'un cadre de comptabilité.

La nature juridique du compte courant n'était pas discutée, elle ne faisait, semble-t-il, aucun doute dans l'esprit des juges.

1. Escarra, *op. cit.*, n° 446.

Un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 24 avril 1812<sup>1</sup> est particulièrement significatif : « Attendu, disent les motifs, que dès l'instant que deux commerçants se mettent ensemble en compte courant, *il y a obligation* « *actuelle d'en payer le solde* lors de la liquidation et de « l'apurement du compte ».

Cet arrêt est particulièrement explicite et se passe de commentaires.

## § 2

### **Arrêts postérieurs à 1840 reconnaissant expressément la nature contractuelle du compte courant**

La doctrine classique française a profondément influencé la jurisprudence. Ses erreurs provoquèrent parfois de vaines argumentations de la part des plaideurs et de la confusion dans l'esprit des juges. Par contre, sous l'inspiration de la définition classique, de nombreux arrêts reconnurent expressément que le compte courant était une convention créatrice d'obligations, c'est-à-dire un contrat. En voici quelques exemples :

1<sup>o</sup> Un arrêt de la Chambre civile du 22 mars 1852<sup>2</sup> fait état de la « dette résultant d'un compte courant » et déclare possible la prorogation de ce compte par tacite reconduction.

2<sup>o</sup> Dans une affaire célèbre dans les annales judiciaires pour avoir donné lieu à de nombreux procès, l'affaire Mirès, la Cour de Paris et la Cour de cassation qualifiè-

1. S., 1812.2.96.

2. S., 52.1.308.

rent expressément de contrat un compte courant : « Attendu, déclare la Chambre civile <sup>1</sup>, qu'en cas d'ouverture d'un compte courant... il n'est pas de l'essence de ce *contrat* que le déposant se dépouille de la propriété des valeurs par lui fournies en garantie des avances à lui faites ; que la transmission de propriété ne devient une conséquence virtuelle du *contrat* qu'éventuellement » ... La Cour d'appel avait déjà constaté « qu'un compte courant ne constitue pas un *contrat* d'une espèce particulière » <sup>2</sup>.

3° Un arrêt déjà mentionné de la Cour de cassation du 2 juillet 1890 <sup>3</sup> est aussi explicite : cet arrêt a refusé d'appliquer la taxe sur le revenu <sup>4</sup> aux opérations intervenues entre la Société générale et la Société Claparède et C<sup>ie</sup>, car le « *contrat* intervenu qui n'exclut pas la réciprocité des remises a gardé les caractères propres du compte courant ».

4° Un autre arrêt de la Chambre civile du 21 juillet 1931 <sup>5</sup> commence ainsi : « Attendu que si la qualité de créancier ou de débiteur de chacune des parties en compte courant est tenue en suspens jusqu'au jour où le *contrat* vient à expiration ».

5° Plus récemment encore, le 17 mai 1933 <sup>6</sup>, la Cour de Rennes a rendu un arrêt dont le motif principal est ainsi conçu : « Considérant que le compte courant est une *convention synallagmatique* qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes ».

1. Cass., 26 juillet 1865 (S., 65.1.409).

2. Paris, 25 mars 1862 (rapporté sous l'arrêt de la Cour de cassation).

3. S., 92.1.177.

4. Cf. p. 23.

5. D.P., 1932.1.49.

6. S., 34.11.17.

6° Il faut y ajouter toutes les décisions déjà citées qui ont proclamé qu'en vertu du principe de l'indivisibilité, c'était le compte courant et lui seul, et non chacun des articles séparés, qui formait le titre du créancier, soit pour poursuivre le débiteur, soit pour produire à sa faillite<sup>1</sup>. Admettre que le compte courant forme titre, c'est admettre qu'il crée une obligation, donc qu'il est un contrat.

### § 3

#### Reconnaissance résultant des dérogations au principe de l'indivisibilité

Pour éviter les abus et injustices qu'aurait provoqués l'application stricte du principe de l'indivisibilité, les juges ont dû à maintes reprises écarter les conséquences du « dogme » ; par exemple :

— ils ont permis à celui au profit de qui se balance le compte à un moment quelconque du contrat, d'attaquer par l'action paulienne une donation frauduleuse faite par son correspondant<sup>2</sup> ;

— ils ont exigé que l'état des dettes et charges à joindre à une donation de biens présents et à venir (art. 1084, C. civ.) mentionne le reliquat des comptes courants du donateur, fictivement arrêtés au jour de la donation<sup>3</sup> ;

1. Cass., 29 décembre 1880 (S., 1881.1.162) ; Montpellier, 19 janvier 1899 et Caen, 28 janvier 1899 (D.P., 1901.2.289) ; Paris, 14 juin 1900 (D.P., 1901.2.174) ; Cass., 17 octobre 1900 (S., 1901.1.291) ; Req., 19 mars 1928 (S., 1928.1.337) ; Montpellier, 3 décembre 1900 (D.P., 1903.2.418) ; Douai, 5 mars 1903 (D.P., 1906.2.94) ; Colmar, 25 juin 1929 (*Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1930.10) ; Paris, 20 novembre 1931 (*Gaz. judiciaire et commerciale de Lyon*, 9.12.31).

2. Req., 12 novembre 1872 (S. 73.1.59).

3. Req., 13 novembre 1861 (S., 62.1.62).

— ils ont autorisé le créateur provisoire à faire la déclaration de créance prévue par la loi du 17 mars 1909 en cas de vente par le débiteur de son fonds de commerce<sup>1</sup>.

Ces arrêts ont donc reconnu, qu'avant toute clôture, le compte courant engendrait un droit de créance au profit de celle des deux parties en faveur de qui il se balance à un moment donné ; droit de créance conditionnel peut-être mais droit de créance tout de même qui ne peut avoir sa source que dans un contrat.

#### § 4

##### Possibilité de garantir le solde par une sûreté

La jurisprudence n'a guère eu l'occasion de se prononcer sur la validité de l'hypothèque garantissant un compte courant ; mais elle a maintes fois affirmé, souvent d'une façon seulement implicite, que le solde éventuel d'un compte courant pouvait être garanti par :

— un cautionnement : ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 février 1861<sup>2</sup> ;

— un gage : la Cour de Paris a déclaré que le gage constitué en période suspecte ne tombait pas sous le coup de l'article 446 du Code de commerce<sup>3</sup> ;

— un nantissement de valeurs de bourse : « en cours de compte, celui qui a reçu des titres en garantie ne

1. Cass. civ., 21 juillet 1931 (D., 32.1.49 et J.N., 1932, p. 1197).

2. S., 61.1.418.

3. Sous Req., 23 mai 1927 (S., 1928.1.97).

« peut les réaliser pour en appliquer le produit au remboursement de ses avances »<sup>1</sup>;

— ou sur effets de commerce : la Cour de Paris dans un arrêt du 14 juin 1900<sup>2</sup> a même décidé que les effets reçus à l'escompte servent de garantie, non du remboursement d'espèces versées au moment de l'escompte, « mais de la totalité du compte courant ou plutôt de son « solde formant un tout indivisible ».

Tout récemment encore, la jurisprudence a eu à se prononcer sur la validité de sûretés nouvelles, les « délégations de marchés ». Cette pratique toute moderne consiste en ceci : un entrepreneur pour se faire ouvrir un compte courant en banque « délègue » à cette banque, à titre de gage et nantissement, à la garantie du solde éventuel de son compte, toutes les sommes qui pourront lui être dues à raison de marchés de travaux conclus par lui ou qu'il conclura par la suite. L'apparition de cette convention, comme la multiplication des affectations hypothécaires à la garantie de compte courant, a son origine dans la restriction du crédit, née de la crise. La validité d'une pareille pratique fut discutée car les créances données en nantissement sont éventuelles ; mais la Cour de Paris ne s'est pas arrêtée à cette objection et a validé l'opération<sup>3</sup>. Deux décrets-lois, l'un du 30 octobre 1935, l'autre du 25 août 1937, sont venus depuis confirmer cette décision.

1. Civ., 17 octobre 1900 (S., 1901.1.291) y joindre Req., 19 mars 1928 déjà cité.

2. D.P., 1901.2.174.

3. Paris, 4 avril 1935 (*Gaz. Pal.*, 1935.2, p. 44). Sur la pratique des délégations de marchés consulter article de M. Solus, *Du nantissement de créance sous forme de délégation de marchés de travaux* (*Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 671) et l'ouvrage de M. Fargeaud, « *Hypothèques et délégations de marchés. Le danger des privilèges occultes* », Paris, 1935.

Enfin maints arrêts ont affirmé que, malgré l'effet novatoire, les parties avaient toujours le droit de réserver une sûreté garantissant une créance inscrite en compte courant pour la rattacher au solde du compte <sup>1</sup>.

Pour admettre qu'une sûreté puisse être affectée au paiement du solde, il faut bien reconnaître que le compte courant a créé l'obligation d'acquitter ce solde <sup>2</sup>.

1. Cass., 25 avril 1910 (S., 1913.1.265); Rennes, 22 novembre 1888 Paris, 28 mars 1885, cités par M. Levillain dans sa note sous Douai, 28 novembre 1901 (D., 1905.2.457).

2. Le projet de loi élaboré par la Société d'études législatives (*Bulletin*, 1934, n° 3) reconnaît expressément la nature contractuelle du compte courant. Son article 1<sup>er</sup> commence ainsi : « Le compte courant est un contrat ... ».

---

## TITRE II

### **VALIDITÉ DE L'HYPOTHÈQUE CONSTITUÉE EN GARANTIE D'UN COMPTE COURANT**

Dès qu'une personne consent à entrer en compte courant avec une autre, elle contracte, nous croyons l'avoir suffisamment démontré, un certain nombre d'engagements qui l'obligent indiscutablement : engagement de laisser ses remises se transformer en articles de crédit, de ne pas exiger le remboursement de ceux-ci avant la clôture, de subir la capitalisation des intérêts, etc. et surtout obligation de payer le solde s'il est à son débit.

Les principes de notre régime hypothécaire permettent-ils de constituer une hypothèque pour garantir l'exécution de cette obligation, le paiement du solde, avant la clôture du compte ? Quelques spécialistes de la question en ont douté et ont élevé des objections à ce sujet.

Emus par ces opinions et toujours soucieux à juste titre de ne pas engager leur responsabilité en donnant l'authenticité à des conventions de validité incertaine, un certain nombre de notaires ont hésité à recevoir de

tels actes et bien plus encore à conseiller pareille opération.

Nous allons donc nous attacher à dissiper les craintes qui ont pu naître sur la possibilité de garantir par une hypothèque l'obligation de payer le solde éventuel d'un compte courant.

---

## CHAPITRE PREMIER

### RÉFUTATION DES OBJECTIONS TIRÉES DU CARACTÈRE INCERTAIN DE LA DETTE ET DE LA PROHIBITION DE L'HYPOTHÈQUE SUR SOI-MÊME.

M. François Roger, commentant dans le *Journal des notaires* <sup>1</sup> le jugement rendu par le Tribunal civil de Perpignan, le 2 novembre 1931 <sup>2</sup>, sans contester l'existence et la validité de l'obligation de payer le solde éventuel du compte, prétendit qu'une telle obligation ne pouvait, d'après notre régime hypothécaire, être garantie par une hypothèque, pour les deux raisons suivantes :

1<sup>o</sup> La dette est incertaine.

2<sup>o</sup> Une pareille affectation hypothécaire constitue une hypothèque sur soi-même.

M. Philippe Fargeaud réfuta ces arguments dans l'étude qu'il fit paraître dans la même revue <sup>3</sup>, mais M. François Roger dans un nouvel article maintint son point de vue. Nous allons donc reprendre ces deux objections.

1. *J.N.*, 1932, p. 1111.

2. Voyez, p. 34.

3. *J.N.*, 1933, article cité.

## Section I

### Prétendue nullité de l'hypothèque pour dette incertaine

#### § 1

##### Exposé

L'article 2132 qui exprime les conditions que doit présenter la créance garantie commence ainsi : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est *certaine* et *déterminée* par l'acte ».

Or, la créance née du compte courant est sans aucun doute :

1<sup>o</sup> incertaine, puisque la clôture du compte seule permet de savoir à la charge de qui il se balance, de savoir si le correspondant qui a constitué la sûreté est débiteur et que même il peut n'y avoir aucun solde, donc pas de dette.

2<sup>o</sup> indéterminée, puisqu'il est impossible de savoir d'avance à quelle somme s'élèveront les remises de part et d'autre,

Donc, conclut M. François Roger, cette créance ne peut servir de base à une hypothèque.

#### § 2

##### Réfutation

Cette opinion repose sur une interprétation erronée de l'article 2132.

Le but de cet article est d'interdire qu'une hypo-

thèque soit constituée en garantie de toutes les créances que le bénéficiaire peut avoir contre le constituant. Le principe de la spécialité est satisfait quand on a indiqué la cause de la créance : prêt, prix de vente, dommages-intérêts ou solde de compte courant.

Par conséquent, les mots « certaine et déterminée » ne signifient pas ici, comme dans le langage courant « dont on est certain, dont on est sûr de l'existence et « du montant », mais « dont on connaît la cause d'une manière précise », c'est le sens du latin *certa pecunia* <sup>1</sup>.

La meilleure preuve de l'exactitude de cette interprétation, c'est qu'on peut donner hypothèque pour garantir une créance dont l'existence n'est pas certaine parce qu'elle est affectée d'une condition ; le texte lui-même le dit.

L'article 2132 poursuit en effet : « si la créance résultant « de l'obligation est *conditionnelle pour son existence* ou « *indéterminée dans sa valeur*, le créancier ne pourra « requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que « jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui « déclarée expressément et que le débiteur aura le droit « de faire réduire, s'il y a lieu ».

Quelles sont donc finalement les mentions que doit contenir l'acte relativement à la créance ? La cause de la dette doit toujours et dans tous les cas être indiquée d'une manière précise dans l'acte constitutif, mais à l'égard des autres mentions, il faut distinguer :

1<sup>er</sup> Cas : la créance garantie a pour objet une somme déterminée et son existence n'est soumise à aucune moda-

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 2807 ; Planiol, Ripert et Becqué, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, n° 417.

lité, le chiffre doit en être indiqué à la fois dans l'acte constitutif et dans l'inscription.

2<sup>e</sup> Cas : la créance garantie a pour objet une somme déterminée mais sa naissance est incertaine, le chiffre doit en être encore mentionné, tant dans l'acte que dans l'inscription ; par contre l'indication de la modalité n'est strictement indispensable que dans l'inscription, pour en prévenir les tiers<sup>1</sup>.

3<sup>e</sup> Cas : l'existence de la créance est certaine, mais le montant de celle-ci est encore indéterminé ; il sera indispensable d'en faire l'évaluation dans l'inscription mais non dans l'acte<sup>2</sup>.

4<sup>e</sup> Cas : l'existence de la créance est incertaine et son montant est indéterminé ; il résulte du texte même de l'article 2132 que l'évaluation de la créance et l'indication de l'éventualité affectant son existence ne sont nécessaires que dans l'inscription.

L'hypothèque garantissant un compte courant rentre dans ce dernier cas : le fait que les correspondants ne puissent connaître, lors de leurs conventions, ni celui d'entre eux à qui incombera le paiement du solde définitif ni le montant de celui-ci n'est donc pas un obstacle à la validité de l'hypothèque, la cause de la créance future étant dès à présent connue et déterminée dans le sens de l'article 2132<sup>3</sup>.

1. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édit., t. III, § 266, p. 277 ; Planiol, t. II, n° 2808 ; Colin et Capitant, édit., 1921, t. II, p. 1008.

2. Planiol, t. II, n° 2807.

3. Escarra, *op. cit.*, t. VI, n° 514.

## Section II

### Argument tiré de la prohibition de l'hypothèque sur soi-même

#### § 1

#### Exposé

Le compte courant est, sans conteste, un contrat, il engendre notamment l'obligation de payer le solde ; mais cette obligation n'existe qu'au jour de la clôture, si même elle existe jamais, ce qu'on ne peut assurer avant la balance (le compte peut se balancer exactement ou le reliquat se trouver à la charge de l'autre correspondant). Jusque là elle est seulement future : ce qui le prouve bien d'ailleurs, c'est que le solde seul forme titre <sup>1</sup>.

L'hypothèque affectée à la garantie d'un compte courant est donc indépendante de toute créance, constitue une hypothèque sur soi-même.

Notre droit, fidèle au droit romain n'admet pas ce mode de constituer hypothèque.

La Convention a bien tenté de l'introduire dans notre législation : le décret, tristement célèbre du 9 messidor an III, accordait en effet la faculté à tout propriétaire d'immeuble de prendre hypothèque sur lui-même, pour un temps déterminé ne pouvant excéder 10 années, par voie de cédulas hypothécaires jusqu'à concurrence des  $\frac{3}{4}$  de la valeur de ses biens. Les cédulas étant trans-

1. Cf., p. 87.

missibles par endossement, le propriétaire pouvait ainsi obtenir facilement crédit... Trop facilement même : chaque citoyen en prenant hypothèque sur lui-même, pouvait convertir ses immeubles en espèces de lettres de change et dilapider ainsi son bien ; « on vit avec effroi une sorte « de mobilisation du territoire de la République, qui, « pour quelques avantages particuliers qu'elle pouvait « produire, offrait les plus funestes moyens à la dissipation et menaçait les fortunes d'un ébranlement général »<sup>1</sup>. C'eut été permettre aux particuliers de rééditer l'opération réalisée par l'Etat sur les biens nationaux, opération qui s'était terminée par une catastrophe !

Le décret de messidor an III était l'œuvre d'une assemblée en démence ... La France n'a même pas voulu expérimenter une innovation aussi dangereuse, dont le nom seul inspire encore l'effroi. La loi du 11 brumaire an VII ne permit plus de prendre hypothèque sur soi-même.

Et le Code civil s'est bien gardé de reprendre une disposition aussi grave de conséquences : il a fait de l'hypothèque un droit accessoire, incapable d'exister sans obligation préalable.

L'article 2114 définit en effet l'hypothèque : « un droit « réel sur les immeubles affectés à l'*acquittement d'une* « *obligation* ». L'article 2132 analysé plus haut ne laisse aucun doute sur la nécessité de l'existence préalable d'une créance. Enfin l'article 2148 exige la mention dans les bordereaux d'inscription des nom, prénoms, domicile du créancier : comment pourrait-on satisfaire cette disposition en prenant hypothèque sur soi-même,

1. Travaux préparatoires au Code civil. Rapport au Tribunat sur la loi relative aux privilèges et aux hypothèques (séance du 26 ventôse, an XII).

puisque dans ce cas il n'y a pas de créancier au moment de l'inscription ?

Les principes qui gouvernent notre régime hypothécaire ne permettent donc pas d'hypothéquer un immeuble pour garantir le paiement du solde d'un compte courant non clos.

## § 2

### Réfutation

Il est en effet de tradition pour tout juriste orthodoxe de France de jeter l'anathème contre l'hypothèque sur soi-même. A la seule évocation de cette institution, qui n'a même pas subi l'épreuve de la pratique, tous se signent et se voilent la face, comme si c'était là une manifestation satanique.

L'effroi ainsi manifesté est trop souvent irraisonné et nettement exagéré. Le fâcheux destin de l'hypothèque sur soi-même en est cause, qui a voulu qu'elle fut réclamée à deux des époques les plus troubles de notre histoire<sup>1</sup> par des révolutionnaires forcenés qui y ont vu le moyen de spolier la propriété et d'en faire l'instrument d'une folle politique sociale.

Les institutions valent ce que sont les hommes qui les appliquent et les circonstances qui les motivent ... L'innovation était prématurée en l'an III : le développement de la fortune mobilière, les bouleversements cycliques nécessitant de la part du capitaliste avisé d'incessantes réalisations de portefeuille, ont forcé les générations

1. An III et 1848.

actuelles à abandonner l'idée traditionnelle de conservation des biens dans les familles ; il en était tout différemment au début du XIX<sup>e</sup> siècle : la composition presque exclusivement immobilière des fortunes, la faible amplitude de crises économiques n'affectant guère la valeur des immeubles n'étaient pas faites pour disposer les propriétaires à faire circuler leurs richesses. Bien heureux nos arrière-grands-parents dont l'idéal patrimonial pouvait être la stabilité !

La nouveauté du système, autant que son but politique, provoquèrent de graves vices dans son organisation : responsabilité intolérable des conservateurs, forme sous seings privés, prescription trop courte des cédules, non productivité d'intérêts dans un but fiscal encourageant à l'usure, etc.<sup>1</sup>.

Mais libérée de ces défauts, dépouillée de toute utopie, réglementée avec sagesse, l'hypothèque sur soi-même pourrait faciliter utilement le crédit immobilier en corrigeant sa rigidité, principal reproche fait à notre régime hypothécaire.

Quelques pays voisins du nôtre, l'Allemagne, la Suisse, ont d'ailleurs fait l'expérience des cédules hypothécaires, sans que se soient produites les conséquences si redoutées chez nous.

Aucun texte de nos lois n'interdit expressément l'hypothèque sur soi-même : « le Code ne prohibe pas ce qu'il « passe sous silence, il ne prohibe pas l'hypothèque pré-

1. La Convention, à bout de ressources, espérait en transformant les immeubles en cédules non productives d'intérêts, véritable papier-monnaie, provoquer une circulation de richesses plus active, donc plus profitable au fisc. Voyez Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires*, 1878.

« parée, proposée par le débiteur alors qu'il ne connaît  
« pas encore la personne qui agréera ses offres »<sup>1</sup>.

Les articles 2114 et 2132 exigent bien l'existence d'une créance, mais ils ne prescrivent nullement qu'elle soit préexistante à l'hypothèque.

L'argument tiré de l'article 2148 n'est pas plus convaincant : parmi les mentions prescrites par cet article, il faut opérer une discrimination, seules sont exigées à peine de nullité les mentions substantielles dont le défaut empêcherait l'inscription de remplir son but : prévenir les tiers. La loi du 1<sup>er</sup> mars 1918 qui a complété l'article 2148 sur ce point n'a fait qu'entériner l'interprétation antérieure. Or, l'individualité du créancier est certainement l'indication la plus indifférente pour les tiers. Que leur importe que ce créancier soit Pierre, Paul ou Jacques ? Tout ce qui les intéresse c'est de savoir qu'ils seraient primés, dans l'ordre, par une hypothèque garantissant une somme de *tant*.

L'indication du créancier dans les bordereaux n'est donc pas exigée à peine de nullité de l'inscription<sup>2</sup>.

Deux opérations, parfaitement admises, aboutissent à réaliser pratiquement dans notre pays l'hypothèque sur soi-même :

1<sup>o</sup> *L'émission par une société*<sup>3</sup> *d'obligations hypothécaires négociables*. Une hypothèque peut être valablement attachée aux obligations nominatives, au porteur ou à ordre et se transmet de plein droit, en vertu de

1. Labbé note sous Aix, 8 avril 1878 (S., 1879.2.313) et Demogue, *Traité des obligations*, t. I, n° 49.

2. Cass., 9 février 1891 (S., 92.1.113) et note de Labbé ; Cass., 20 octobre 1897 (S., 97.1.489) ; Baudry et de Loynes, t. III, n° 1693 ; Aubry et Rau, t. III, p. 350 et suiv. ; Demogue, article cité.

3. Un décret du 30 octobre 1935 a interdit aux particuliers d'émettre des obligations négociables.

l'article 1692 du Code civil, avec et comme la créance elle-même<sup>1</sup>. La plupart du temps, la constitution d'hypothèque précède la souscription des obligations : car la société ne tire de l'hypothèque l'élément de crédit qu'elle y cherche que si les souscripteurs sont assurés de profiter de la garantie réelle à eux promise dès le moment où ils souscrivent. La réalisation de cette opération présente quelques difficultés auxquelles la pratique a remédié<sup>2</sup>; elle a été souvent appliquée et sa validité est admise par la jurisprudence et la plupart des auteurs<sup>3</sup> et pourtant l'hypothèque est constituée à un moment où la créance est encore loin d'exister.

2° *La réserve d'antériorité ou de concurrence.* Par cette clause, assez fréquente dans les prêts hypothécaires, l'emprunteur se réserve le droit de conférer ultérieurement à un second prêteur une hypothèque préférable ou concurrente pour une somme déterminée. Juridiquement, elle s'analyse en une renonciation du prêteur au profit de l'emprunteur, renonciation qui n'est point immédiate, mais subordonnée à une éventualité ultérieure : la dation par l'emprunteur à un créancier postérieur du bénéfice de cette renonciation. Pratiquement, on n'aurait pas abouti à un résultat différent si le débi-

1. Paris, 15 mai 1878 (S., 83.1.218); Douai, 13 mai 1880 (D., 82.1.243) et 10 janvier 1881 (D., 82.2.21); Cass., 19 février 1884 (*Journal des sociétés*, 1884, 480); Trib. Lyon, 6 mai 1886 (*Rev. des sociétés*, 1886, 59); Paris, 5 décembre 1885 et Cass., 3 décembre 1889 (*Journal des sociétés*, 1891, 106); Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. I, n° 549 et *Journal des sociétés*, 1898, 194; Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 7<sup>e</sup> édit., t. I, p. 747, n° 608).

2. Cf. Houpin, *op. cit.*, p. 748, n° 610.

3. Bourges, 2 mars 188 (*Journal des sociétés*, 1891, 252); Aix, 8 avril 1878 (S., 79.2.313) et note de Labbé; Voyez aussi note sous Cass., 20 octobre 1897 (S., 97.1.489); Lyon-Caen et Renault, n° 589; Thaller, p. 479, n° 1; Lacour et Bouteron, n° 641; Planiol et Ripert, t. XII, n° 336; Demogue, article cité; Wahl, *Journal des sociétés*, 1898, 206 et suiv.

teur s'était fait remettre une cédula hypothécaire sur lui-même <sup>1</sup>.

Enfin, la validité de l'hypothèque pour dette future résulte du Code lui-même et la jurisprudence l'a toujours admis <sup>2</sup>.

La nature de l'hypothèque affectée à la garantie du solde éventuel d'un compte courant est essentiellement différente de celle de l'hypothèque sur soi-même.

Les cédules hypothécaires de l'an III pouvaient être créées sans être rattachées à aucune dette, sans que puisse être même soupçonnée la cause des créances qu'elles seraient appelées à garantir, la personnalité des créanciers à qui elles pourraient bénéficier.

L'hypothèque garantissant un compte courant a une cause incontestable, elle est étroitement liée à la créance qui constituera plus tard le solde. L'existence de cette créance est évidemment incertaine, au sens courant du mot, puisque le solde peut être égal à zéro, mais l'obligation est « certaine » au sens de l'article 2132 précisé plus haut <sup>3</sup>. D'autre part elle est consentie au profit d'une seule personne nettement individualisée.

Une situation analogue a été soumise aux tribunaux dans l'affaire *Julienne*. Par deux actes notariés, *Julienne* aîné s'était reconnu débiteur envers son cadet d'une somme de 240.000 fr. et lui avait conféré hypothèque sur ses immeubles ; pour assurer le remboursement, il souscrivit au profit de son frère 48 billets à ordre de 5.000 fr. chacun avec stipulation que l'hypothèque profiterait, à

1. Planiol et Ripert, t. XII, n° 334.

2. Cf. chapitre suivant, section 2.

3. Voy. p. 95.

due concurrence, aux porteurs des billets. Ces effets furent endossés à l'ordre d'un sieur Cavelan. Survint la faillite de Julien aîné. Le porteur des billets voulut exercer son hypothèque, mais les syndics contestèrent ses droits.

Les débats révélèrent une simulation dans l'acte constitutif : Julien cadet n'avait en réalité rien prêté à son frère, son intervention avait simplement pour but de permettre à celui-ci d'obtenir crédit grâce à l'hypothèque et à son propre endossement. Le Tribunal, puis la Cour d'appel de Rouen <sup>1</sup> admirèrent les droits hypothécaires de Cavelan. En Cassation, les syndics soutinrent que Julien aîné, n'ayant au moment de l'affectation hypothécaire aucun créancier devant lui, avait mobilisé ses biens et constitué hypothèque sur lui-même. Mais la Chambre civile <sup>2</sup> rejeta cette prétention : « Attendu que  
« considérée comme ayant pour objet l'endossement à  
« fournir par Julien jeune pour procurer de l'argent  
« à son frère l'obligation était littéralement autorisée par  
« l'article 1130 du Code civil ; *qu'en la considérant même*  
« *comme subordonnée à la réalisation des fonds* nécessaires  
« à Julien aîné, l'obligation était autorisée par l'arti-  
« cle 1168 ».

Pourquoi cette décision ne s'appliquerait-elle pas *a fortiori* au compte courant, qui a, sur l'espèce ci-dessus, la supériorité de désigner sans aucune simulation le créancier éventuel ?

Comment enfin, l'hypothèque garantissant un compte courant pourrait-elle aboutir à la « mobilisation du sol »

1. Rouen, 9 mars 1830 (S., 31.2.245).

2. Cass., 10 août 1831 (S., 31.1.371).

et engendrer toutes les catastrophes qu'a fait craindre le décret de l'an III ?

L'assimilation que l'on a cru pouvoir établir entre la pratique qui nous occupe et l'hypothèque sur soi-même semble résulter avant tout d'une insuffisante analyse des véritables caractères et de la nature du contrat de compte courant.

Une exacte appréciation de celle-ci et de ceux-là oblige au contraire à conclure à la validité de l'hypothèque constituée pour garantir le paiement du solde éventuel.

---

## CHAPITRE II

### **PREUVE DE LA VALIDITÉ DE L'HYPOTHÈQUE A LA GARANTIE DU SOLDE D'UN COMPTE COURANT**

Notre travail serait incomplet si nous nous contentions de réfuter les objections faites à la validité de l'hypothèque constituée pour assurer l'exécution de l'obligation de payer le solde d'un compte courant : il nous faut maintenant démontrer que la nature véritable de l'obligation en cause et les principes de notre régime hypothécaire permettent de garantir le solde d'un compte courant par une hypothèque constituée :

- soit en cours de fonctionnement du compte ;
- soit avant toute remise.

Nous n'envisagerons pas le cas de l'hypothèque consentie après la clôture du compte : la balance a fait alors apparaître un solde définitif à la charge de l'un des correspondants, l'obligation de l'acquitter n'est affectée d'aucune modalité ni d'aucune éventualité, et nul n'a jamais songé à contester la validité de l'hypothèque constituée à ce moment.

## Section I

### Validité de l'hypothèque constituée en cours de fonctionnement du compte

C'est dans cette situation que se sont d'abord multipliées les affectations hypothécaires : lorsque les banquiers, pris de panique à la suite du « krach » pressèrent leurs clients d'abaisser considérablement le découvert de leurs comptes courants et ne leur accordèrent des délais qu'à condition de recevoir hypothèque pour garantie du solde de ces comptes.

Les contentieux des grandes banques, consultés sur la régularité juridique de l'opération, n'y ont vu aucune objection. Il est piquant de constater que c'est une controverse fiscale qui est à la base des discussions sur la validité de l'hypothèque ainsi constituée !

Les contentieux ne se sont pas trompés ; ils n'ont d'ailleurs fait qu'apprécier sainement la nature de l'obligation de payer le solde en cours de fonctionnement du compte.

#### § 1

##### Nature de l'obligation en cours de fonctionnement du compte

Dès qu'une remise a été faite, tous les éléments essentiels du contrat de compte courant sont réunis : l'éventualité tenant à l'existence de l'objet s'est réalisée<sup>1</sup>. Quel

1. Cf., titre I, chapitre II, section 2.

est alors le caractère de l'obligation de payer le solde ?

Ne peut-on analyser la situation de la manière suivante : celui qui a reçu des remises supérieures à celles qu'il a effectuées est dès à présent débiteur de la différence sous la condition résolutoire d'inscription à son crédit d'articles renversant la situation ? Ne faut-il pas dire que l'obligation de payer le solde devient conditionnelle dès que le compte a commencé à fonctionner ?

Non, répondent les partisans farouches du « dogme » de l'indivisibilité, l'obligation reste éventuelle : tant que le compte n'est pas clos, il n'y a ni créance ni dette, il n'existe qu'une masse d'articles de crédit et d'articles de débit, la balance finale seule fera apparaître la créance.

Telle ne paraît pas être l'opinion de la Cour de cassation.

Nous avons déjà exposé la réaction de certains auteurs récents contre ce principe de l'indivisibilité, né d'une équivoque et aboutissant souvent à des conséquences néfastes<sup>1</sup>. Dans un grand nombre d'espèces, les tribunaux ont dû, pour ne pas créer d'injustices ou d'abus, écarter le « dogme »<sup>2</sup>. Pour motiver leur décision, les juges ont généralement considéré que l'obligation de payer le solde était, en cours de fonctionnement du compte, conditionnelle. L'arrêt de la Chambre civile du 21 juillet 1931 est formel sur ce point : « Attendu, dit-il, « que, si la qualité de créancier ou de débiteur de chacune « des parties en compte courant est tenue en suspens « jusqu'au jour où le contrat vient à expiration, celui au « profit de qui le compte se balance à un moment quel- « conque de la période de validité du contrat par un

1. Cf., p. 82.

2. Cf., p. 87.

« solde créditeur n'en a pas moins *dès ce moment un droit*  
 « *au paiement ultérieur du montant de ce solde, sous la*  
 « *condition qu'aucune inscription d'articles nouveaux ne*  
 « *vienne modifier la situation avant l'époque fixée pour le*  
 « *règlement définitif* ». Et la Cour de cassation a encore repris presque mot à mot ce motif dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1935<sup>1</sup>.

## § 2

### Validité de l'hypothèque pour obligation conditionnelle

Si l'on admet, comme semble le faire la jurisprudence, que l'obligation de payer le solde est conditionnelle dès qu'une remise a été faite, on doit nécessairement conclure à la validité de l'affectation hypothécaire consentie en cours de fonctionnement du compte : le Code civil autorise en effet formellement l'hypothèque pour dette conditionnelle (art. 2132 et 2148).

La garantie hypothécaire pourra être constituée :

1<sup>o</sup> soit par une constitution spéciale, ce qui est le cas normal,

2<sup>o</sup> soit par transport sur le solde d'une hypothèque affectée primitivement à une autre créance. L'effet novatoire éteint en principe les sûretés attachées à une créance inscrite en compte courant, mais il n'y a aucune bonne raison d'interdire aux parties, maîtresses de leurs droits, de réserver ces sûretés et de les transporter sur le solde. Bien entendu, elles ne le garantiront qu'à concurrence du montant de la créance primitive ; mais, sous cette

1. S., 35.1.213.

réserve, le procédé ne nuit aucunement aux tiers ; le principe de la liberté contractuelle commande donc qu'on l'admette. Doctrine et jurisprudence se sont prononcées en ce sens <sup>1</sup>.

Nous n'avons guère insisté sur le caractère conditionnel de l'obligation en cours de fonctionnement du compte : c'est que, même si cette obligation était éventuelle elle pourrait encore faire l'objet d'une hypothèque valable, car notre droit admet l'hypothèque pour dette future ou éventuelle. L'examen de la validité de l'affectation hypothécaire consentie avant toute remise va nous amener à le démontrer.

## **Section II**

### **Validité de l'hypothèque constituée avant tout fonctionnement du compte**

Nous avons exposé dans l'introduction de cette thèse les difficultés qu'éprouvèrent industriels et commerçants pour obtenir après la crise, les crédits nécessaires à la reprise de leurs affaires ; beaucoup ne parvinrent, avons-nous dit, à faire accepter leurs effets à l'escompte qu'en conférant hypothèque sur leurs immeubles pour garantir le risque de ces opérations.

Ainsi utilisée, l'affectation hypothécaire était constituée au moment même de l'accord du banquier et de l'in-

1. Voyez chapitre suivant.

dustriel sur l'ouverture du compte courant, c'est-à-dire avant tout fonctionnement de celui-ci, avant toute remise.

Sous cette deuxième forme, le procédé prête assurément davantage à critique : dans le premier cas, il existait déjà un solde débiteur, rien de semblable tant qu'aucune opération n'est réalisée. L'obligation de payer un solde absolument hypothétique est-elle une base suffisante pour l'hypothèque ?

### § 1

#### Nature de l'obligation avant toute remise

On ne peut évidemment soutenir que le bénéficiaire de l'hypothèque est créancier conditionnel puisqu'il n'a encore effectué aucune remise.

Cela signifie-t-il qu'il n'existe aucun lien de droit entre les deux correspondants ? Non, nous croyons avoir suffisamment démontré dans le premier titre de cette partie, que l'accord de volontés échangé entre deux particuliers ou sociétés d'entrer en compte courant, constituait un contrat synallagmatique, et par conséquent, engendrait immédiatement des obligations à la charge de chacune des parties.

Sans doute, à ce contrat, il manque au moment de sa formation un élément essentiel : son objet ; élément qui fait défaut tant qu'aucune remise n'a été effectuée<sup>1</sup>.

Mais l'accord de volontés à qui il manque encore une des conditions de validité des contrats crée plus qu'une

1. Voyez, p. 73.

simple expectative. Si cette condition doit, dans l'esprit des parties, se trouver remplie dans un délai dont la durée est affaire de circonstances, l'échange de volontés crée déjà un droit éventuel<sup>1</sup>.

Les obligations engendrées par la convention intervenue entre deux particuliers ou sociétés d'entrer en compte courant, sont donc éventuelles. Tel sera le caractère de l'obligation de payer le solde jusqu'au jour où le compte aura commencé à fonctionner.

Et nul ne conteste plus en doctrine et en jurisprudence qu'une dette future ou éventuelle ne puisse être garantie par hypothèque. L'examen de nos textes législatifs aboutit d'ailleurs à la même conclusion.

## § 2

### Validité de l'hypothèque pour dette éventuelle

On a beaucoup discuté autrefois sur la validité de l'hypothèque constituée pour garantir un prêt futur ou une ouverture de crédit : la réalisation de l'éventualité, prétendait-on, dépendait de la volonté du débiteur, était donc nulle par application de l'article 1174 du Code civil<sup>2</sup>. Cette opinion ne mettait pas directement en doute la validité de l'hypothèque pour dette éventuelle. Elle n'a d'ailleurs pas prévalu.

Cette hypothèse mise à part, la doctrine a toujours reconnu qu'une hypothèque pouvait garantir une pareille obligation.

1. Demogue, article cité : « un contrat crée un droit éventuel toutes les fois qu'un de ses éléments essentiel fait défaut ».

2. Voyez l'exposé et la réfutation de cette théorie, titre I, chapitre I.

Pothier avait déjà enseigné qu'on pouvait constituer hypothèque pour quelque dette que ce soit.

Aubry et Rau les premiers ont proclamé en termes exprès le principe : « L'hypothèque peut être établie pour  
« sûreté de toute espèce d'obligation, quelles qu'en soient  
« la nature et les modalités. Ainsi, elle peut être attachée  
« à une obligation conditionnelle ou même simplement  
« éventuelle <sup>1</sup> et encore l'hypothèque garantit les créan-  
« ces à terme, conditionnelles ou éventuelles d'une ma-  
« nière aussi complète que les créances pures et simples » <sup>2</sup>.

A leur suite, tous les auteurs ont affirmé avec ensemble la validité de l'hypothèque pour dette éventuelle. Ils se sont généralement bornés à énoncer cette règle sans en donner les motifs comme si elle était hors de discussion. La plupart se sont contentés de souligner que la principale application avait lieu en matière d'ouverture de crédit, l'hypothèque étant, dans ce cas, valablement constituée au jour de la convention avant toute réalisation <sup>3</sup>.

On peut évidemment opposer à la validité de l'hypothèque pour dette future ou éventuelle, les objections que M. François Roger a appliquées au cas particulier du compte courant. Certains auteurs se sont faits ces objections <sup>4</sup>, mais ils n'ont pas cru devoir les retenir, nous avons déjà donné leurs raisons <sup>5</sup>.

Enfin, il convient de mentionner particulièrement

1. *Cours de droit civil français* (4<sup>e</sup> édit.), t. III, § 266, p. 282.

2. *Ibid.*, § 285, p. 417.

3. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, 2<sup>e</sup> édit., t. III, n° 1280 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 2652 ; Planiol, Ripert et Becqué, t. XII, n° 336 ; Amiaud, *Traité formulaire du notariat*, t. I, V° Affectation hypothécaire, § 5.

4. Labbé note au S., 1879.2.313 et Demogue article cité.

5. Voyez chapitre précédent, p. 139.

l'opinion de M. Ripert : « il n'y a pas en réalité, professe-t-il, entre ces droits éventuels et les autres une différence de nature ; ils ont vraiment une valeur patrimoniale qui consiste pour le débiteur dans une obligation très précise, obligation qui sera ramenée à exécution, et qui, à défaut de l'exécution, entraînera pour lui une condamnation à des dommages-intérêts »<sup>1</sup>.

La validité de l'hypothèque pour dette éventuelle ne peut plus alors faire le moindre doute : si les droits éventuels sont de même nature que les droits ordinaires, pourquoi ne pourraient-ils faire l'objet des mêmes sûretés que ceux-ci ?

Cette conception de la nature des droits dits éventuels semble d'ailleurs celle de la jurisprudence moderne.

La validité de l'hypothèque pour dette éventuelle n'est même plus discutée devant les tribunaux. Elle le fut autrefois ... sans succès d'ailleurs. Voici dans quelles hypothèses :

1<sup>o</sup> *Hypothèque constituée pour sûreté de l'obligation de garantie d'éviction*. En vendant son immeuble, le vendeur contracte envers l'acquéreur l'engagement de lui assurer la propriété et par suite de le garantir en cas d'éviction de la part d'un tiers. Ce danger d'éviction était particulièrement redoutable sous l'ancien régime par suite du défaut de publicité des hypothèques et des aliénations immobilières. Si l'acte de vente avait été passé devant notaire, l'acquéreur avait, il est vrai, hypothèque générale sur tous les immeubles de son vendeur, mais, faute d'inscription, cette garantie risquait fort d'être illusoire.

1. *Cours de 2<sup>e</sup> année*, 1932-1933, p. 167.

Lorsque la loi du 11 brumaire an VII eut organisé la publicité des hypothèques, certains acquéreurs prirent inscription sur les biens de leur vendeur pour sûreté de l'obligation éventuelle de garantie d'éviction, en vertu de leur acte de vente authentique, dressé à une époque où un tel acte emportait *ipso facto* hypothèque générale. Mis dans l'impossibilité pratique de vendre leurs autres immeubles et de se procurer du crédit, les vendeurs plaidèrent la nullité de ces inscriptions et en demandèrent la radiation. Les tribunaux repoussèrent leur prétention et validèrent l'hypothèque malgré le caractère éventuel, car « toute la différence entre une créance éventuelle et « une créance pure et simple, c'est que, dans ce dernier cas, « le créancier peut exiger son paiement dans l'instant « même »<sup>1</sup>.

2° *Hypothèque garantissant le paiement d'effets de commerce non échus*. Le danger du retour d'effets impayés a toujours existé ; si le tiré refuse d'acquitter la traite à l'échéance, le bénéficiaire ou l'escompteur a évidemment un recours contre le tireur, mais risque de se heurter à l'insolvabilité de celui-ci. Pour se protéger contre ce risque, certains banquiers se firent consentir hypothèque par le tireur de l'effet pour sûreté de leur recours éventuel contre lui. De multiples procès s'élevèrent naturellement avec les créanciers postérieurs, primés par cette hypothèque : le banquier, prétendaient ces créanciers, n'a un recours contre le tireur que si la traite n'est pas payée ; jusqu'à l'échéance il n'a donc aucune créance de ce chef, tout au plus peut-on dire qu'il est créancier éven-

1. Paris, 19 ventôse, an XII (S., an XII.2, p. 182) ; dans le même sens : Req., 15 avril 1806 (S., 1806.1, p. 234) ; Angers, 21 avril 1809 (Rép. Dalloz, p. 393) ; Bourges, 16 août 1814 (J.G., 1315, 2° et 729).

tuel. Mais ces arguments n'entraînèrent pas la décision de la Cour de cassation qui se prononça dans le sens de la validité<sup>1</sup>.

3° *Hypothèque judiciaire garantissant des dommages-intérêts éventuels*. Les circonstances qui donnèrent lieu à cette application sont assez curieuses et méritent d'être rappelées. Le 29 août 1823, le Tribunal civil de Marseille avait condamné un sieur Foucard à payer à un sieur Bensa une indemnité de 1.600 fr. par an, en réparation du préjudice causé aux propriétés de ce dernier par les exhalaisons de la fabrique de soude de Foucard ; en vertu de ce jugement Bensa prit inscription sur les immeubles de son voisin pour sûreté de la somme de 32.000 fr., représentative de l'indemnité allouée. Grâce à de nouveaux procédés, Foucard parvint à condenser les vapeurs de sa fabrique ; ayant ainsi mis fin au préjudice qu'il causait à Bensa, il demanda la suppression de l'indemnité. Le Tribunal de Marseille, par jugement du 9 mars 1829 confirmé sur appel, accueillit sa demande mais ordonna « que l'indemnité supprimée serait de nouveau acquise à Bensa dès l'instant que, sur simple rapport d'experts dûment homologué, il serait constaté que les mesures prises par Foucard ne remplissaient plus leur but ». Fort de ce jugement, l'industriel demanda à son voisin mainlevée de l'inscription. Refus de celui-ci : « le dernier jugement, lui répliqua-t-il à peu près, me confère un droit éventuel pour sûreté duquel mon inscription doit conserver toute sa force ». Aussi après avoir désagréablement impressionné l'odorat de Bensa par ses

1. Req., 6 avril 1809 (S., 1809.1.44) ; Civ., 2 décembre 1812 (S., 1813.1.33) ; Civ., 28 juillet 1823 (S., 1823.1.301) ; Civ., 10 août 1831 (S., 1831.1.245). *Adde* : Douai, 7 mai 1846 (S., 1846.2.617).

vapeurs de soude, Foucard crut-il bon de lui faire respirer une fois de plus les relents du papier timbré et la poussière des greffes ! Peine perdue, car le Tribunal de Marseille par jugement du 28 février 1835 refusa d'ordonner la radiation de l'inscription : « Considérant, dit-il, « que cette prévision (celle du jugement du 9 mars 1829) « confère au sieur Bensa un droit éventuel et impose à « Foucard une obligation avec condition casuelle pouvant produire hypothèque aux termes de l'article 2132 « du Code civil ... Par ces motifs, *le tribunal maintient « l'inscription d'hypothèque* au profit de Bensa contre « Foucard ; *déclare cette hypothèque purement éventuelle ... « ordonne que l'inscription sera rectifiée et expliquée en « ce sens par le Conservateur des Hypothèques* ». Et en appel, la Cour d'Aix, adoptant les motifs des premiers juges, confirma<sup>1</sup>. Voilà comment les vapeurs exhalées par une fabrique de soude amenèrent une Cour d'appel à proclamer avec une particulière netteté la validité de l'hypothèque pour dette éventuelle.

4<sup>o</sup> Rappelons enfin la principale application de ce principe : la licéité de l'*affectation hypothécaire pour ouverture de crédit*. Nous avons déjà exposé fort longuement les discussions qui s'étaient élevées à ce sujet et analysé les arrêts qui ont fixé la jurisprudence. Nous n'y reviendrons donc pas.

Toutes ces décisions sont fort anciennes ; à partir de 1850, on ne trouve plus d'arrêts sur cette question : créanciers postérieurs et syndics de faillite ont renoncé à plaider la nullité de l'hypothèque pour dette éventuelle<sup>2</sup>.

1. Aix, 9 février 1836 (S., 1836.2.359).

2. Voyez cependant Cass., 10 janv. 1888 (S., 91.1.467). Cet arrêt a d'ailleurs déclaré en termes exprès qu'une ouverture de crédit peut être garantie par une « hypothèque éventuelle ».

La tendance actuelle de la jurisprudence y est nettement opposée ; les arrêts les plus récents semblent considérer le droit éventuel comme de même nature qu'un droit ferme, mais d'étendue moindre, ce qui confirme l'opinion de M. Ripert citée plus haut : la Cour de Paris n'a-t-elle pas admis la validité des délégations de marchés, c'est-à-dire d'une opération dans laquelle non seulement la créance garantie est éventuelle, mais encore la créance donnée en nantissement ?

L'hypothèque pour dette éventuelle est d'ailleurs admise implicitement par le Code civil.

1° Les hypothèques légales accordées aux mineurs et aux interdits sur les immeubles de leur tuteur, à l'Etat, aux communes et aux établissements publics sur les biens de leurs comptables, garantissent des créances éventuelles puisqu'elles existent dès l'ouverture de la tutelle ou dès l'entrée en fonctions du comptable (article 2135). De même, sauf quelques dérogations, l'hypothèque légale de la femme mariée prend date au jour de la célébration du mariage.

2° Si le Code n'a pas expressément déclaré qu'une hypothèque pouvait être constituée pour sûreté d'une obligation éventuelle, il a prévu cette hypothèse en organisant la publicité :

Chacun des bordereaux d'inscription, prescrit l'article 2148, doit indiquer : « 4° le capital de la créance, ses « accessoires et l'époque d'exigibilité ... et, si les droits « sont *éventuels* ou conditionnels, indiquer sommairement l'*événement* ou la condition dont dépend l'existence de la créance ».

Et l'article 2163 poursuit : « Peuvent être réduites

« comme excessives, les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier, des créances qui, en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont pas été réglées par la convention, et qui, par leur nature, sont conditionnelles, *éventuelles* ou indéterminées ».

La loi du 10 juin 1853, déjà citée, qui permet au Crédit foncier de prendre inscription en vertu du contrat conditionnel de prêt avant que le crédit n'ait été réalisé a établi une nouvelle application légale du principe indirectement reconnu par le Code.

Enfin, nos lois fiscales ont prévu le cas de l'hypothèque garantissant une dette éventuelle et ont réglementé différemment leur taxation : rappelons simplement l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 messidor an VII exonérant provisoirement de la taxe hypothécaire les inscriptions conservant « un simple droit d'hypothèque éventuel, sans créance existante ».

En résumé, l'hypothèque garantissant le solde éventuel d'un compte courant est parfaitement valable.

Elle peut être constituée :

1<sup>o</sup> soit pour un compte qui a déjà commencé à fonctionner ;

2<sup>o</sup> soit pour un compte que deux parties viennent de convenir d'ouvrir entre elles, et avant qu'elles n'aient effectué la moindre remise ;

3<sup>o</sup> les correspondants peuvent également réserver l'hypothèque affectée à une créance inscrite en compte et la rattacher au solde.

---

## CHAPITRE III

### LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

Fort peu d'auteurs ont étudié l'hypothèque constituée en garantie d'un compte courant et bien rares sont les décisions judiciaires rendues sur de pareilles conventions. Nous ne craignons cependant pas d'affirmer que les conclusions auxquelles nous sommes arrivé dans notre chapitre précédent, sont sans aucun doute conformes à l'opinion de la doctrine et aux tendances de la jurisprudence.

#### Section I

##### La doctrine

Une impression très nette se dégage à la lecture des traités de droit commercial : leurs auteurs ont estimé, semble-t-il, que la validité de l'hypothèque ne soulevait aucune difficulté et que la question ne souffrait même pas discussion, aussi se sont-ils généralement contentés de l'affirmer, toujours très laconiquement, le plus souvent même d'une façon implicite.

M. Thaller, par exemple, dans une note sur un arrêt de la Cour de Montpellier du 19 janvier 1899<sup>1</sup> comparait la situation du banquier, bénéficiaire d'un droit de gage sur les effets contre passés, « à l'hypothèse où le client, « en entrant en compte avec son banquier, lui aurait « constitué une hypothèque sur un de ses immeubles « afin de garantir le solde ».

Et MM. Lyon-Caen et Renault<sup>2</sup> écrivaient : « l'indivisibilité n'empêche pas qu'une sûreté soit limitée à une « certaine somme, Ainsi une hypothèque peut être constituée pour valoir seulement jusqu'à concurrence du « débit actuel de l'une des parties ».

MM. Lacour et Bouteron<sup>3</sup> ont été un peu plus explicites : ils ont ajouté en effet que la constitution d'hypothèque faite pendant la période suspecte pour la garantie du solde ne pouvait être annulée en vertu de l'article 446 du Code de commerce qui édicte la nullité de plein droit des sûretés consenties après la cessation des paiements pour dettes antérieures.

De très nombreux ouvrages ont été spécialement consacrés au compte courant ; ils ne sont guère moins laconiques sur la validité de l'hypothèque. La théorie de Le François n'a été suivie par personne et n'a même déclenché aucune controverse ; seul Clément a jugé bon de réfuter soigneusement ses erreurs<sup>4</sup> ; à peu près tous les autres spécialistes du compte courant se sont bornés à examiner l'étendue et les effets de l'hypothèque sans discuter sa validité<sup>5</sup>.

1. D., 1901.2.1289.

2. *Traité de droit commercial*, 5<sup>e</sup> édit., 1925, t. IV, n° 834. Voyez également *Manuel de droit commercial*, p. 769.

3. *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> édit., 1925, t. II, n°s 1492 et 1493.

4. Clément, *Etude sur le compte courant*, 1889.

5. Feitu, *Du compte courant*, 1873 ; Da, *Du contrat de compte courant*, thèse, Paris 1877 ; Aliez, *Des effets du compte courant*, thèse, Rennes 1897.

Quelques uns des juristes cités ont pris soin tout de même de justifier la validité de l'hypothèque : ils y voyaient alors une conséquence du grand principe de l'indivisibilité ... Ce « dogme » n'est plus intangible, cependant même les auteurs qui y ont fait les plus vives critiques, tels MM. Hamel et Mater, ont continué d'enseigner que le solde pouvait être valablement garanti par une sûreté<sup>1</sup>.

Quant aux civilistes, ils ne mentionnaient pas cette application de l'hypothèque, mais il y avait entre eux une telle unanimité sur la validité de l'hypothèque pour dette éventuelle que leur opinion ne faisait pas le moindre doute.

Seul, M. Demogue, dans son étude des droits éventuels<sup>2</sup> avait examiné le cas du compte courant « dont le solde, » disait-il, peut être garanti d'avance par une hypothèque ou toute autre sûreté ».

Tous les ouvrages cités sont antérieurs aux difficultés qu'a engendrées la controverse fiscale exposée au début de cette thèse. Les objections que celle-ci a suscitées seront-elles prises en considération par la doctrine et modifieront-elles l'opinion des auteurs ? C'est bien peu probable : dans un traité tout récent puisque paru en 1937, M. Escarra examine brièvement ces objections mais, adoptant les conclusions de M. Philippe Fargeaud, les rejette et se prononce formellement pour la validité<sup>3</sup>.

1. Hamel, *Banques et opérations de banque*, t. I, n° 375 ; Mater, *Compte courant. Variations de jurisprudence et de doctrine*, article cité.

2. *Rev. trim. dr. civ.*, 1905 et 1906.

3. *Principes de droit commercial*, t. VI, n° 514.

## Section II

### La jurisprudence

L'affectation hypothécaire pour sûreté d'un compte courant ne paraît avoir jamais été critiquée devant les tribunaux comme le fut celle attachée à une ouverture de crédit. Aucun plaideur, croyons-nous, n'en a poursuivi la nullité en tirant argument d'une des objections que nous avons exposées : caractère potestatif de l'éventualité, défaut de cause, incertitude ou indétermination de la créance, hypothèque sur soi-même. Ce qui prouve qu'avoués et avocats ne font pas grand état des objections élevées par quelques spécialistes à l'occasion de difficultés fiscales, et ne croient pas possible d'en tirer arguments susceptibles de convaincre les juges et de déterminer leur décision.

L'inexistence de procès sur la validité de l'hypothèque garantissant un compte courant, nous objectera-t-on, ne doit pas surprendre : le développement de cette pratique ne date que de quelques années, les comptes ainsi garantis sont pour la plupart encore en cours de fonctionnement, ce n'est qu'au moment de la clôture que peuvent s'élever les contestations, attendez donc quelque temps et vous verrez alors surgir les procès.

Ce serait peut-être exact s'il avait fallu la « crise » pour qu'on songe à utiliser l'hypothèque à la sûreté d'un compte courant. Jusqu'à ces dernières années de telles conventions étaient assurément très rares, généralement l'hypothèque n'était consentie qu'au cas où le compte courant était accompagné d'une ouverture de

crédit. Mais nos hommes d'affaires, s'ils ont beaucoup recouru à cette pratique, ne l'ont pas inventée : ils n'ont fait qu'en multiplier les applications, sous la pression des circonstances. Dès les premières années du XIX<sup>e</sup> siècle, des banquiers ou commerçants, inquiets de l'élévation du débit de leurs clients se sont fait consentir hypothèque pour sûreté du solde futur de leurs comptes courants. Et selon toute vraisemblance, leurs prédécesseurs avaient agi de même bien avant le Code civil ... Quelque unes de ces conventions ont donné lieu à des procès à l'occasion desquels les tribunaux ont admis indirectement la possibilité d'affecter une hypothèque à la garantie du solde d'un compte courant.

### § 1

#### Arrêts admettant la validité de l'hypothèque en garantie d'un compte courant<sup>1</sup>

Le 24 avril 1812, la Cour d'appel de Rouen était déjà appelée au cours d'un ordre à statuer sur les droits d'un créancier, qui le 16 vendémiaire an XII s'était fait consentir hypothèque pour sûreté d'un compte courant, et rendait l'arrêt suivant :

« Attendu que, dès l'instant que deux commerçants  
« se mettent ensemble en compte courant, *il y a obli-*

1. Il faut apporter beaucoup de circonspection et de sens critique dans l'examen des décisions invoquées sur ce point : les tribunaux n'ont pas toujours bien opéré la discrimination entre le compte courant pur et simple et le compte courant avec ouverture de crédit ; bien des décisions prêtent à équivoque et ont été rendues dans ces espèces où les comptes litigieux comportaient des ouvertures de crédit, encore que les motifs ne le mentionnent pas. C'est pourquoi nous ne faisons état que des arrêts rendus dans des circonstances ne laissant aucun doute sur la nature de la convention originaire.

« *gation actuelle d'en payer le solde, lors de la liquidation et de l'apurement du compte ;* Attendu, en fait, qu'il est  
 « constant qu'à l'époque du 16 vendémiaire an XII,  
 « Ebran était débiteur envers Lefebvre de diverses sommes résultant de leurs négociations en compte courant ; qu'il n'a cessé de l'être depuis jusqu'à la faillite  
 « d'Ebran, lors de laquelle Lefebvre a été reconnu créancier de sommes excédant l'hypothèque consentie ;  
 « qu'il est vrai que, par l'effet des opérations qui pouvaient se faire entrer les parties, il aurait pu arriver qu'en définitive Lefebvre se fut trouvé débiteur, au lieu d'être créancier, ce qui rendait l'hypothèque du 10 vendémiaire conditionnelle et éventuelle. Mais vu que, loin de réprouver les obligations et hypothèques conditionnelles, les lois françaises comme les lois romaines les autorisent formellement. Vu qu'elles sont notamment consacrées par divers articles tant de la loi du 11 brumaire que du Code civil : corrigeant et réformant, sans s'arrêter ni avoir égard aux moyens et nullités proposés par les intimés, déclare Lefebvre créancier hypothécaire de la succession d'Ebran pour la somme de 20.000 fr. En conséquence, le colloque pour ladite somme ».

Cet arrêt tranche expressément les deux questions que soulève, nous l'avons dit, la validité de l'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant : existence d'une obligation de payer le solde et possibilité pour cette obligation de servir de base à une hypothèque.

L'affaire Perrichon-Costaz que la Cour de cassation trancha le 11 décembre 1848<sup>1</sup> était plus complexe.

1. S., 49.1.115.

Le sieur Perrichon était depuis longtemps en relation d'affaires commerciales et par suite en compte courant avec la maison Costaz et C<sup>ie</sup>. Par acte du 6 mars 1839, il se reconnaissait débiteur envers les sieurs Costaz d'une somme de 40.000 fr. « pour prêt de pareille somme antérieurement fait » et hypothéquait plusieurs immeubles pour sûreté de cette créance.

Le 1<sup>er</sup> septembre 1841, Perrichon était déclaré en faillite. Ses immeubles furent vendus et un ordre ouvert pour la distribution du prix. A cet ordre Costaz et C<sup>ie</sup> prétendirent faire valoir leur droit de préférence pour 40.000 fr. en vertu de la reconnaissance de dette du 6 mars 1839. Refus des syndics ...

Devant le tribunal de première instance ceux-ci justifiaient ainsi leur opposition : la cause de l'hypothèque avait été simulée, il n'y avait pas eu prêt, mais remises en compte courant et l'hypothèque avait en réalité pour but de garantir le solde de celui-ci ; dès lors, concluaient les syndics, il faut tenir compte des versements ultérieurs faits par Perrichon, ces versements se sont imputés de plein droit sur la dette antérieure et l'ont éteinte, ainsi que l'hypothèque qui en était l'accessoire ; Costaz et C<sup>ie</sup> après la constitution d'hypothèque ont fait de nouvelles avances, mais celles-ci constituent des créances distinctes auxquelles la sûreté ne saurait s'appliquer.

Le Tribunal de Bourgoin admit ce raisonnement.

Mais la Cour d'appel de Grenoble reforma le jugement, pour le motif principal que les règles légales d'imputation des paiements et de compensation ne sont pas applicables en matière de compte courant. Ce motif n'offre aucun intérêt pour nous, mais il est précédé de considérants qui consacrent notre thèse.

Le début de l'arrêt constate en effet qu'il y a bien eu simulation et que l'acte du 6 mars 1839 devait être interprété comme une constitution d'hypothèque à la garantie du compte courant : « Attendu qu'en recherchant  
 « l'intention des parties au sujet de l'acte du 6 mars 1839,  
 « on est forcé de reconnaître qu'elle n'a pas été telle que  
 « cet acte semble l'exprimer, c'est-à-dire que ... les par-  
 « ties entendaient réellement que l'engagement (de Per-  
 « richon) restât en suspens jusqu'à la liquidation et  
 « n'eut d'autre effet que de garantir, au moyen d'une hypo-  
 « thèque, la maison Costaz à concurrence de 40.000 fr.,  
 « tant des sommes que lui devait alors la maison dont  
 « Perrichon père faisait partie, que de celles qu'elle pour-  
 « rait lui devoir à l'avenir par suite de compte courant que  
 « la maison Costaz lui avait ouvert ».

Et, point capital pour nous, la Cour poursuit en déclarant que *la convention ainsi interprétée est parfaitement valable*, car :

1° C'est l'application du principe de la liberté des conventions : « les parties pouvant toujours adopter les  
 « formes qui leur paraissent les plus convenables pour  
 « constater leurs accords, même lorsque ces formes  
 « paraissent les contrarier, pourvu que leur intention  
 « réelle puisse être appréciée et qu'elles ne fassent rien  
 « de contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre  
 « public ».

2° Les tiers ne sont pas lésés : « Attendu que les droits  
 « des tiers que le syndic de la faillite Perrichon a invo-  
 « qués ne pouvaient nullement souffrir de cette conven-  
 « tion ; car ceux qui ont pu traiter avec la maison Perri-  
 « chon postérieurement à l'obligation du 6 mars 1839,  
 « ayant connu l'inscription prise en vertu de cet acte

« ont connu tout ce qu'ils avaient intérêt à connaître,  
 « savoir, que les immeubles de Perrichon père étaient  
 « grevés d'une hypothèque de 40.000 fr. ».

La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par les syndics : l'interprétation de la Cour de Grenoble « bien  
 « que donnant à l'acte un sens réel différent du sens  
 « apparent, n'enlève à la convention d'hypothèque  
 « aucune de ses conditions essentielles ».

Si, comme l'ont décidé ces arrêts, deux parties peuvent dissimuler la constitution d'hypothèque à la garantie du solde d'un compte courant sous les apparences d'un contrat de prêt, il est bien certain qu'elles peuvent à plus forte raison passer pareille convention sans simulation, en termes clairs.

On objecterait en vain que ces arrêts sont trop anciens : un arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1924<sup>1</sup> a admis en effet qu'on pouvait prendre hypothèque judiciaire pour sûreté d'un compte courant, dans les circonstances suivantes :

La société en nom collectif veuve Baletti jeune et frère était en compte courant avec la société « veuve Bougère et fils ». En avril 1912, cette dernière maison actionna la veuve Baletti et son frère en paiement de la somme de 32.918 fr. 55, chiffre dont l'arrêté périodique du 31 mars 1912 les avait révélés débiteurs, et obtint du Tribunal de commerce d'Angers un jugement de condamnation. En vertu de ce jugement, la société veuve Bougère et fils prit inscription d'hypothèque.

Les opérations ayant continué comme par le passé, un

1. S., 1927.1.306.

procès s'éleva sur la question de savoir si le jugement n'avait pas opéré clôture du compte<sup>1</sup>.

La Cour d'appel d'Angers le 1<sup>er</sup> mars 1922, confirmant un jugement du tribunal de commerce, décida que le jugement de condamnation n'avait pas opéré clôture du compte courant : « dans l'intention des parties, le jugement du 17 avril 1912 n'avait pour but que d'assurer à la société créditrice une garantie sous la forme d'une hypothèque judiciaire ».

La Cour de cassation déclara cette interprétation souveraine et rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel.

Puisque le compte a continué à courir, l'hypothèque a été constituée avant clôture, en cours de fonctionnement, à un moment où la créance qu'elle avait pour objet de garantir était conditionnelle sinon éventuelle.

Certes, ni la Cour de cassation ni la Cour d'Angers n'ont proclamé expressément que le procédé était parfaitement correct ; c'est que les conseillers n'en doutaient nullement : conçoit-on un tribunal faisant état d'une opération juridique qu'il interpréterait dans un sens tel qu'elle serait irrégulière, sinon pour en prononcer la nullité ?

Et bien entendu, si l'on peut ainsi prendre hypothèque judiciaire pour sûreté du solde futur du compte courant, il n'y a aucune bonne raison pour interdire l'affectation hypothécaire conventionnelle.

1. Dans ce cas, en effet, les nouvelles opérations n'auraient pu être portées que dans un compte ordinaire, et le créateur n'aurait pas eu le droit de capitaliser les intérêts. Tel était l'objet du débat.

Plus récemment encore, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1935<sup>1</sup>, déjà cité, la Cour de cassation a eu à statuer sur un cas d'hypothèque constituée en garantie d'un compte courant par un commerçant en état de cessation de paiements.

On discutait la validité de cette affectation hypothécaire, l'article 446 du Code de commerce édictant la nullité de plein droit de toute sûreté constituée pendant la période suspecte pour dette antérieurement contractée. Question que nous retrouverons<sup>2</sup>.

Les syndics soutenaient la nullité de l'hypothèque uniquement parce qu'elle avait été constituée pendant la période suspecte, sans contester, le moins du monde, la validité de l'hypothèque consentie en garantie d'un compte courant par un particulier qui fait honneur à ses engagements.

La Cour de cassation a annulé l'hypothèque, mais uniquement en vertu de l'article 446 du Code de commerce, parce qu'elle avait été constituée pendant la période suspecte. Ne peut-on en conclure que l'hypothèque aurait été valable si elle avait été consentie avant la cessation des paiements ? Il semble bien : pas plus que les syndics, l'arrêt ne fait allusion aux objections opposées à la validité de l'hypothèque garantissant le solde d'un compte courant et surtout la Cour base sa décision sur le motif déjà cité, que « la partie au profit de « laquelle le compte courant se balance à un moment « quelconque de la période de validité du contrat, *a, dès* « *alors un droit au recouvrement ultérieur de ce solde,*

1. S., 1935.1.213.

2. Voyez ci-dessous, troisième partie, chapitre I.

*« sous la condition que ledit droit ne soit pas effacé par « de nouvelles remises ».*

Le silence gardé par la Cour de cassation, le caractère conditionnel, et non pas seulement éventuel, qu'elle reconnaît au droit du bénéficiaire de la sûreté permettent donc de penser que la validité de l'hypothèque constituée en cours de fonctionnement du compte ne se discute pas.

Ces décisions ont toutes été rendues dans des espèces où, au moment de l'affectation hypothécaire, le compte fonctionnait depuis longtemps, présentait déjà un certain crédit au profit du bénéficiaire. Mais l'opinion de la jurisprudence serait-elle identique sur la deuxième hypothèse que nous avons envisagée : celle où l'hypothèque est constituée avant tout fonctionnement du compte ? Nous répondons oui : l'arrêt, un peu ancien, il est vrai, de la Cour de Rouen déclarait déjà que dès l'ouverture d'un compte courant « il y a obligation actuelle d'en « payer le solde », et surtout quantité d'arrêts rendus en matière de comptes courants avec ouverture de crédit ne laissent aucun doute sur ce point.

## § 2

### **Jurisprudence sur la validité de l'hypothèque garantissant un compte courant avec ouverture de crédit**

La validité de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit est admise depuis fort longtemps. Il est évident que l'adjonction à l'ouverture de crédit d'un compte courant ne change nullement la nature de l'obligation

du crédit et ne peut par conséquent faire obstacle à une constitution d'hypothèque. Jamais on ne songea à le contester... Et les tribunaux appelés à maintes reprises à juger, non de la validité de pareille hypothèque, mais de son étendue et de ses effets, ne firent aucune différence entre le cas où l'ouverture de crédit et la sûreté, son accessoire, intervenaient en cours de fonctionnement du compte courant<sup>1</sup> et celui où le compte courant n'était ouvert que postérieurement à la convention, pour l'exécution de celle-ci<sup>2</sup>.

Pourquoi cette jurisprudence ne s'appliquerait-elle pas au cas où aucune ouverture de crédit n'est jointe au compte courant ?

Dans un cas comme dans l'autre, l'obligation garantie est éventuelle, soumise à l'existence future d'un objet, prêt ou remise. La seule différence c'est que dans l'hypothèse de compte courant avec ouverture de crédit, un des correspondants prend l'engagement ferme de faire des avances, qu'il n'en prend aucun dans l'hypothèse de compte courant simple. Mais l'obligation garantie est celle du constituant de l'hypothèque, non celle du bénéficiaire, l'absence d'engagement ferme de la part de celui-ci ne saurait aucunement changer le caractère de cette obligation.

Le François, il est vrai, a essayé de soutenir le contraire en prétendant que, faute d'engagement de la part du correspondant, l'obligation du constituant était sans cause. Nous avons déjà démontré<sup>3</sup> que cette opinion

1. Cass., 29 décembre 1880 (S., 81.1.163).

2. Notamment Cass., 10 janvier 1888 (S., 91.1.467) ; Req., 12 novembre 1895 (S., 99.1.499).

3. Ci-dessus, p. 60 et suiv.

reposait sur une conception erronée de la nature du compte courant, que, par suite de la possibilité de réciprocité des remises, caractéristique *essentielle* du compte courant, les obligations éventuelles d'un correspondant avaient pour cause des obligations identiques de l'autre partie, qu'il n'était pas nécessaire que l'un d'eux prenne un engagement ferme.

La jurisprudence a d'ailleurs refusé de limiter étroitement l'hypothèque constituée pour sûreté d'une ouverture de crédit en compte courant en s'en tenant strictement aux avances promises par le créiteur et en examinant minutieusement si elles avaient bien été faites dans les termes de la convention, comme l'aurait voulu Le François. Elle a, au contraire, pris en considération l'élément nouveau que constituait l'existence du compte courant et elle n'a pas hésité à faire porter les effets de l'hypothèque sur le solde du compte, lors même que l'ouverture de crédit n'avait été la cause directe et unique des avances le composant.

Voici quelques décisions par lesquelles s'est particulièrement manifestée cette jurisprudence libérale :

1<sup>o</sup> Par un arrêt du 2 juillet 1877<sup>1</sup> la Cour de cassation a décidé que l'hypothèque ne garantissait particulièrement la valeur nominale d'aucun des effets escomptés et revenus impayés mais *le solde définitif du compte*. Il s'agissait de déterminer si l'hypothèque pouvait s'étendre aux avances faites à un moment où le chiffre maximum du crédit était déjà atteint : le Crédit du Nord avait ouvert à un sieur Pain un crédit de 300.000 fr., consistant à escomp-

1. S., 77.1.404.

ter les valeurs commerciales à sa satisfaction endossées par le crédit, avec stipulation que les avances résultant de ces opérations seraient constatées au moyen d'un compte courant et garanties par une hypothèque pour une somme égale au montant de l'ouverture de crédit ; le Crédit du Nord exécuta cette convention et admit à un moment donné des effets à l'escompte, alors que le débit du compte atteignait déjà 300.000 fr. ; par la suite, le paiement de traites escomptées dans les limites du crédit avait ramené le découvert au-dessous de 300.000 fr. ; la faillite de Pain survenant sur ces entrefaites, les syndics soutenaient que l'hypothèque ne pouvait garantir que les effets escomptés en exécution de l'ouverture de crédit et que le Crédit du Nord était simplement créancier chirographaire pour les traites escomptées au moment où le débit du compte était supérieur à 300.000 fr. Pré-tentions que la Cour d'appel et la Cour de cassation rejetèrent car « l'hypothèque ne garantit particulièrement la « valeur nominale d'aucun des effets impayés, mais bien « le solde définitif du compte »<sup>1</sup>.

2° La Cour de Paris le 21 décembre 1852<sup>2</sup>, statuant sur renvoi de la Cour de cassation dans une affaire que nous retrouverons, l'affaire Bony-Lemaître<sup>3</sup>, a eu à déterminer l'étendue d'une hypothèque garantissant une ouverture de crédit en compte courant, dans le cas où les opérations avaient continué après le terme fixé. L'hypothèque, avait décidé la Cour de cassation<sup>4</sup>, ne pouvait valoir que pour la somme dont, à la date prévue, le cré-

1. Amiens, 3 février 1876 (S., 77.2.41).

2. S., 53.2.5.

3. Troisième partie, chapitre III.

4. Civ., 22 mars 1852 (S., 52.1.308).

dité se trouvait constitué débiteur par le compte courant, bien qu'alors celui-ci n'ait pas été balancé et arrêté. Dans l'espèce, le compte avait présenté les fluctuations suivantes :

|                                             |             |
|---------------------------------------------|-------------|
| au terme du Crédit, solde débiteur .....    | 149.000 fr. |
| 10 mois plus tard, solde débiteur .....     | 3.000 fr.   |
| au jour de la clôture, solde débiteur ..... | 57.000 fr.  |

Le solde définitif était donc inférieur à celui existant au jour de l'expiration du crédit, donc susceptible, d'après la Cour de cassation d'être tout entier garanti par l'hypothèque. Mais ce solde définitif résultait, à concurrence de 54.000 fr., d'opérations postérieures au terme fixé. Fallait-il décider que l'hypothèque garantissait quand même le solde entier ou seulement à concurrence de 3.000 fr., reliquat des opérations effectuées pendant la durée de l'ouverture de crédit ? La Cour de Paris a admis que l'hypothèque s'étendait au solde tout entier, bien que celui-ci n'eut que partiellement sa source dans l'ouverture de crédit.

3<sup>o</sup> Un certain nombre d'arrêts, enfin, ont déclaré qu'au cas où l'ouverture de crédit avait été consentie alors que le compte courant fonctionnait déjà depuis quelque temps, l'hypothèque garantissait le solde total du compte, sans qu'il y ait à distinguer si la créance ainsi déterminée avait sa cause dans les avances faites en vertu de l'ouverture de crédit ou dans les opérations antérieures<sup>1</sup>.

1. Dijon, 7 novembre 1872 (S., 73.2.84) ; Cass., 29 décembre 1880 (S., 81.1.163) et 24 juin 1903 (S., 1904.1.220).

---



## TROISIEME PARTIE

---

### **Vie et Fonctionnement de l'Hypothèque**



## **VIE ET FONCTIONNEMENT DE L'HYPOTHÈQUE**

Nos développements sur la validité de l'affectation hypothécaire pour sûreté du solde débiteur éventuel d'un compte courant sembleront peut-être bien abstraits et trop théoriques aux banquiers ou commerçants qui pratiquent cette opération et aux notaires chargés de la régulariser ; mais les discussions qu'a soulevées cette validité, les objections qui y ont été faites exigeaient le rappel de quelques principes de droit et une étude sérieuse de la doctrine et de la jurisprudence

Cela fait, nous pouvons examiner le fonctionnement pratique de l'opération.

Fait étonnant : alors que la validité de l'hypothèque constituée en garantie d'un compte courant a été l'objet des plus vives controverses, ses effets et son étendue n'ont guère retenu l'attention ni soulevé de discussions.

Certes cette hypothèque n'est pas d'une essence particulière, les principes du droit commun lui sont applicables, régissent ses conditions de validité et son étendue.

Mais le compte courant, il ne faut pas l'oublier, est un contrat de nature fort originale, qui engendre des effets très spéciaux : capitalisation des intérêts, trans-

formation des créances en articles de crédit ou de débit, exigibilité du solde seul, etc. Il faut se souvenir surtout du caractère éventuel de l'obligation garantie.

L'application des principes de notre régime hypothécaire à un pareil contrat ne va pas toujours sans difficultés et aboutit parfois à des résultats fort curieux.

Il y a là incontestablement matière à discussions et à procès... Et la question de la validité semble cependant être la seule qu'ait soulevée le développement de la pratique des affectations hypothécaires à la garantie d'un compte courant.

Ceci s'explique, il est vrai, par l'existence d'une jurisprudence assez abondante sur le fonctionnement de l'hypothèque en matière d'ouverture de crédit avec compte courant, jurisprudence qui trouverait un champ d'application identique en notre espèce.

Pour résoudre les difficultés que font naître la réalisation et l'exécution de notre opération, nous ferons d'ailleurs très fréquemment appel aux solutions données par les Cours et tribunaux en matière d'ouverture de crédit en compte courant.

---

## CHAPITRE PREMIER

### LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant doit réunir les conditions de validité de toute hypothèque conventionnelle :

capacité d'aliéner de la part du constituant (art. 2124 C. civ.) ;

propriété de l'immeuble grevé ;

spécialité du gage (art. 2129) et de la créance garantie (art. 2132).

Enfin l'hypothèque ne peut être constituée que par acte authentique passé devant un notaire français (articles 2127 et 2128).

La nature du compte courant ne modifie nullement ces règles, elle nécessite simplement quelques précautions pratiques tant dans la rédaction de l'acte constitutif que dans celle de l'inscription.

## Section I

### Précautions pratiques à prendre dans la rédaction <sup>1</sup>

#### § 1

##### Dans l'acte constitutif

#### 1° *Mention de la cause de la créance éventuelle garantie.*

— C'est-à-dire indication du solde, susceptible d'incomber finalement au constituant de l'hypothèque, du compte courant qui va être ouvert ou existe déjà entre lui et le bénéficiaire de cette sûreté.

Cette mention est prescrite à peine de nullité <sup>2</sup>.

#### 2° *Indication de la somme maximum garantie par l'hypothèque.*

A défaut de cette indication l'acte ne serait pas nul. La fixation de la somme garantie serait faite par le créancier dans l'inscription (art. 2132 C. civ.) ; mais celui-ci aurait tout naturellement tendance à exagérer le chiffre de sa créance éventuelle et le crédit du constituant serait épuisé d'un seul coup.

L'indication dans l'acte de la somme maximum garantie permet d'échapper à cet inconvénient, et, résultant de l'accord des deux parties, évitera pour l'avenir bien des risques de difficultés ou de complications <sup>3</sup>.

1. Nous donnons en annexes les formules qui nous semblent les meilleures, de l'acte d'affectation hypothécaire et des bordereaux d'inscription.

2. Ci-dessus, p. 96.

3. Voyez l'article de M. Fargeaud déjà cité (*J.N.*, 1933, p. 363, n° 74 et la note).

Mais il est bon, pour couper court aux interprétations tendancieuses du fisc, de préciser que l'indication de cette somme ne constitue nullement de la part du bénéficiaire de l'hypothèque ouverture de crédit, et qu'on ne saurait l'interpréter comme engagement de sa part de faire des avances jusqu'à concurrence du chiffre fixé<sup>1</sup>.

3° *Faculté pour chaque correspondant de mettre fin au compte moyennant préavis d'un ou quelques mois.* — Cette clause n'est évidemment pas prescrite à peine de nullité. Mais l'absence de fixation d'un délai de préavis pour le contractant qui veut clore le compte, peut engendrer un litige entre les correspondants.

Il faut surtout se garder de fixer un terme à la durée du compte ; cette stipulation présente deux graves inconvénients :

1. jusqu'à la date fixée, le bénéficiaire de l'hypothèque ne peut clore le compte et par conséquent poursuivre le paiement de son découvert ; de même le débiteur éventuel ne peut faire déterminer sa dette et se dégager de la sûreté en remboursant ;

2. fait plus grave, ce terme ne sera pas, dans la plupart des cas, respecté et les correspondants continueront leurs opérations comme avant, sans songer que le terme s'appliquait aussi à l'hypothèque et que celle-ci ne saurait garantir des avances postérieures. Question que nous retrouverons au chapitre III<sup>2</sup>.

1. Fargeaud, *ibid.*

2. Voyez, chapitre III, Etendue de l'hypothèque, § B.

## § 2

## Dans l'inscription

Chaque bordereau devra contenir toutes les mentions prescrites par l'article 2148 du Code civil, et en particulier les suivantes :

1<sup>o</sup> *Mention de la cause de la créance éventuelle garantie*, c'est-à-dire solde débiteur éventuel d'un compte courant. A peine de nullité.

2<sup>o</sup> *Evaluation de la créance*. Si la convention a limité l'hypothèque, ce sera la somme fixée qui sera portée dans l'inscription ; sinon le créancier évaluera lui-même le chiffre de sa créance éventuelle.

Cette indication est indispensable pour permettre aux tiers de connaître la situation hypothécaire exacte du propriétaire des biens grevés.

3<sup>o</sup> *Indication, toujours à peine de nullité, de l'exigibilité de la créance garantie*. Faute de stipulations particulières dans l'acte, il suffira de mentionner qu'elle est exigible à tout moment selon les usages du commerce <sup>1</sup>.

## Section II

**L'hypothèque peut-elle être constituée  
en période suspecte ?**

Presque toujours l'hypothèque pour sûreté d'un compte courant est consentie par un commerçant ; indépendam-

1. Voyez article de M. Fargeaud, déjà cité.

ment des conditions de validité prescrites par le Code civil, elle doit donc satisfaire aux prescriptions de la loi commerciale.

Ceci pose la question suivante :

L'article 446 du Code de commerce édicte la nullité de plein droit de toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire (et de tout nantissement) constituée par un commerçant en état de cessation de paiements pour dette antérieurement contractée. Cet article s'applique-t-il à l'hypothèque consentie en période suspecte pour sûreté du solde d'un compte courant fonctionnant depuis un certain temps et présentant déjà un découvert sérieux ?

Pendant longtemps, la jurisprudence a admis la négative : les remises antérieures à la constitution de la sûreté ne sont, disait-elle, ni des créances, ni des dettes, mais des opérations *sui generis* destinées à alimenter le compte ; le solde seul constitue une créance et l'indivisibilité s'oppose à ce qu'on opère discrimination entre les avances antérieures au terme fixé et celles qui ont suivi ; si l'hypothèque n'a pas été consentie après la clôture du compte, elle n'a donc pas été contractée pour dette antérieure et ne tombe pas sous le coup de l'article 446 du Code de commerce.

La Cour de cassation par un arrêt du 24 juin 1903<sup>1</sup> avait cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans pour avoir annulé un nantissement constitué en pareilles circonstances ; les motifs de cette décision étaient particulièrement explicites : « Attendu que les opérations

1. S., 1904.1.220. Dans le même sens Cass., 29 décembre 1881 (S., 81.1.162) ; 8 mars 1854 (S., 56.1.170) ; 2 juin 1863 (S., 63.1.335) et 3 août 1870 (S., 72.1.219). *Adde* Lacour et Bouteron, n° 1493, 5°.

« d'un compte courant se succédant les unes aux autres  
 « jusqu'au règlement définitif, forment un tout indivi-  
 « sible qu'il n'est pas permis de décomposer ni de scinder ;  
 « que tant que le compte reste ouvert, il n'y a ni créance  
 « ni dette, mais seulement des articles de crédit et de  
 « débit, et que c'est par la balance finale seule que se  
 « détermine le solde à la charge de l'un ou de l'autre des  
 « contractants, et, par conséquent, les qualités de créan-  
 « cier et de débiteur jusque là en suspens ; qu'il en résulte  
 « que lorsqu'un nantissement (ou une hypothèque) a été  
 « consenti pour la garantie d'une ouverture de crédit  
 « en compte courant, le bénéfice de cette sûreté, s'appli-  
 « quant au solde du compte, en garantit le rembour-  
 « sement intégral, sans qu'il y ait à rechercher si la date  
 « des remises ou inscriptions réciproques est antérieure à  
 « celle du nantissement ; qu'il suffit en l'absence de dol  
 « ou de fraude, que le nantissement ait été constitué avant  
 « l'arrêté de compte pour qu'il soit antérieur à la dette  
 « qui naît de la clôture seule du compte et pour que,  
 « par suite, en cas de faillite, l'article 446 du Code de  
 « commerce reste sans application puisque le nantisse-  
 « ment n'était pas constitué pour dettes antérieurement  
 « existantes ».

Cet arrêt fut suivi de plusieurs autres identiques<sup>1</sup>.

Mais le principe de l'indivisibilité, sur lequel reposait cette décision, avait été fortement battu en brèche ces dernières années. A différentes reprises, la Cour de cassation avait affirmé que le correspondant au profit de qui le compte se balance par un solde créditeur, à un moment quelconque de son fonctionnement, avait, dès ce moment,

1. Notamment, Paris, 31 décembre 1925, sous Cass. req., 23 mai 1927 (S., 28.1.97).

un droit au recouvrement de ce solde sous la condition que ce droit ne soit pas effacé rétroactivement, en tout ou partie par l'effet de nouvelles remises<sup>1</sup>.

La jurisprudence antérieure était en contradiction avec le nouveau principe : admettre que le créateur provisoire d'un compte courant est créancier conditionnel, c'est admettre qu'au moment de la constitution d'hypothèque la créance existe déjà, donc que l'article 446 s'applique.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle réformé sa jurisprudence : par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1935<sup>2</sup> elle a déclaré nulle l'hypothèque consentie en période suspecte par un sieur Leboucher à la société O'Connor Harrison and Co.

Rappelons les motifs déjà cités de cette décision fort importante : « Attendu, déclare la Cour, que la partie au  
« profit de laquelle le compte courant se balance par un  
« solde créateur à un moment quelconque de la période  
« de validité du contrat a, dès alors, un droit au recouvre-  
« ment ultérieur de ce solde, sous la condition que ledit  
« droit ne soit pas effacé rétroactivement en tout ou en  
« partie, par l'effet de nouvelles remises qui viendraient  
« soit renverser le sens, soit modifier le chiffre de la  
« balance du compte. Or, attendu qu'il est constaté  
« expressément que le compte courant a, en fait, cessé  
« de fonctionner dès l'instant de la constitution d'hypo-  
« thèque dont s'agit ; que le droit résultant pour la société  
« de sa position créditrice antérieurement à cette consti-  
« tution d'hypothèque n'a donc pas été détruit rétroac-  
« tivement et que, dès lors, il constituait une créance

1. Voyez notamment, Cass., 21 juillet 1931, précité (*J.N.*, 1932, p. 1197) et Req., 13 novembre 1861 (*S.*, 62.1.62).

2. *S.*, 35.1.213.

« préexistante à ladite hypothèque ; d'où il suit que les  
« juges étaient tenus de prononcer l'annulation édictée  
« par l'article 446 alinéa 4 du Code de commerce ».

Et les Cours d'appel adoptent sans difficulté, semble-t-il, cette nouvelle jurisprudence <sup>1</sup>.

Bien entendu, l'article 446 ne s'appliquerait plus, si des remises effectuées après la constitution d'hypothèque avaient éteint le découvert antérieur : dans ce cas, le débit du solde ne pourrait évidemment résulter que d'avances postérieures <sup>2</sup>.

L'application de cet article n'en demeure pas moins délicate et de nature à attirer l'attention du rédacteur de l'acte.

Nous en parlerons bientôt au cours de l'étude qui va suivre sur le rôle et la responsabilité du notaire en matière d'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant.

### Section III

#### Rôle et responsabilité du notaire

Le législateur français a de tout temps considéré l'hypothèque conventionnelle comme une opération dangereuse pour les parties et intéressant le crédit public, c'est pourquoi il l'a revêtue de la forme solennelle qu'est l'acte authentique, nécessitant l'intervention d'un notaire.

1. Voyez Caen, 14 mai 1936 (*Rép. du not.*, 15 nov. 1937, art. 25048).

2. Voyez note au Sirey sous arrêt Cass., 1<sup>er</sup> avril 1935.

Si de façon générale, les lumières, la sagesse professionnelle et les soins méticuleux de cet officier public sont jugés indispensables pour guider les contractants dans le dédale de notre régime foncier, à travers un système hypothécaire encore encombré d'hypothèques occultes, l'établissement du contrat qui nous occupe présente des difficultés particulières et nécessite plus que tout autre l'expérience et les connaissances techniques d'un praticien averti.

Nous ne mentionnerons aucun des devoirs généraux des notaires, ni aucune des formes et conditions de validité habituelles des actes authentiques pour ne retenir que les particularités inhérentes à l'affectation hypothécaire garantissant un compte courant et nous le ferons en suivant les trois degrés auxquels le notaire manifestera son activité.

*1<sup>er</sup> Degré. Simple rédacteur conférant l'authenticité.*

Dans ce cas, le notaire agit sur réquisition tacite ou expresse, et son rôle ne dépasse guère le cadre juridique et formaliste.

Sa première et principale préoccupation est la validité intrinsèque de l'opération qu'il va constater et à laquelle il va donner une forme sacramentelle.

Même sur réquisition, il n'a pas le droit de dresser un acte nul ou annulable et il lui incombe de vérifier :

1<sup>o</sup> Si l'acte renferme tous les éléments nécessaires à la réalisation des effets juridiques qui lui sont demandés ;

2<sup>o</sup> S'il n'est frappé d'aucune prohibition légale.

Outre la capacité des parties et leur consentement, le contrat doit avoir un objet certain et une cause réelle et licite. Plus d'un notaire appelé à recevoir un acte d'affec-

tation hypothécaire à la garantie d'un compte courant a pu hésiter en proie à des doutes de validité juridique, craignant la nullité avec ses conséquences, et le désir de lever ces doutes n'est pas la moindre raison des démonstrations qui précèdent.

Craintes injustifiées qui ne sauraient autoriser un refus d'instrumenter : en admettant même que les tribunaux prononcent la nullité de l'hypothèque constituée en garantie d'un compte courant, la responsabilité du notaire ne saurait être mise en cause pour ce seul motif en raison de l'adage bien connu « *in Dubiis libertas* » la solution adoptée par un notaire sur un point de droit controversé ne saurait lui être reprochée<sup>1</sup>.

Evidemment, si l'acte présente des caractères de simulation ou de fraude, le notaire devra refuser son ministère et s'abstenir.

Il arrivera que le texte de l'acte lui sera communiqué comme un modèle à transcrire servilement : ce ne sera point raison de l'accepter sans examen, émanât-il du contentieux le plus qualifié. Le droit du notaire de demeurer maître de la rédaction et de rejeter toute convention dont l'illégalité lui apparaît est absolu et sans appel autre que l'action en dommages-intérêts pour refus d'instrumenter. Mais quel tribunal condamnerait un notaire ainsi respectueux de la législation !

Dans la pratique l'attitude du notaire se manifestera moins rigide ; par persuasion il obtiendra de rectifier ou modifier le projet soumis, assurant ainsi l'harmonie entre la volonté des parties et le respect des lois.

1. F. Dubas, *La responsabilité notariale, principes, moyens de prévention et de garantie*, 1937 (Librairie Sirey,) p. 142.

La régularité de fond étant admise, le notaire soignera tout spécialement la rédaction elle-même, ayant toujours présentes à l'esprit les notions caractéristiques du compte courant et rejettera toute clause incompatible avec la nature de ce contrat, qui exclurait par exemple la réciprocité des remises ou porterait engagement de l'un des contractants de faire des avances à l'autre sous une forme quelconque, ce qui entraînerait adjonction d'une ouverture de crédit.

*2<sup>e</sup> Degré. Conseil entraînant le choix de l'acte.*

Les parties exposent au notaire leurs accords de principe, mais s'en rapportent à lui quant au choix de l'acte le mieux approprié à leur réalisation.

A la fonction purement juridique et formaliste que nous venons d'énoncer s'ajoute dans ce cas un devoir extra légal, d'ordre moral, le devoir de conseil en vue d'adapter l'acte à la situation des contractants.

Le notaire aura à discerner s'il s'agit d'une obligation hypothécaire pure et simple, d'une ouverture de crédit ou d'une sûreté réelle devant accompagner un compte courant. Cette analyse l'entraînera à pénétrer plus avant dans les intentions des parties, à tenir compte de leurs professions respectives, des opérations qu'ils pratiquent normalement, de leur fonction sociale, de la composition de leur patrimoine, etc.

Il signalera notamment le danger de l'affectation hypothécaire appuyant un compte courant pur et simple : celui qui accorde cette sûreté voit son crédit épuisé et reçoit un engagement assez précaire de son cocontractant, lequel peut être plus ou moins libéral dans ses remises.

Mais commettrait une erreur grave, le notaire qui par ignorance, timidité ou préjugé emploierait la forme de reconnaissance de dette ou d'ouverture de crédit, quand il s'agit réellement d'un compte courant dont le fonctionnement continue par réciprocité de remises.

Les conséquences dommageables pour les parties ne seraient pas seulement le paiement injustifié de droits d'enregistrement importants ; entre autres, celle-ci fort grave :

L'affectation hypothécaire intervenant à l'appui d'un compte courant garantit, à concurrence de la somme évaluée dans l'inscription, le montant du solde qui pourra se révéler lors de la clôture du compte, montant qui n'est pas encore connu, et non le solde provisoire que peut présenter le compte au jour de l'affectation hypothécaire. En cas de reconnaissance de dette, les remises postérieures opéreraient libération et le bénéficiaire de l'inscription confiant dans le montant de la sûreté accordée pourrait avoir une fâcheuse surprise en se voyant opposer ainsi une extinction imprévue de sa créance garantie.

### 3<sup>e</sup> Degré. « *Negotiorum gestor* ».

Prenons un exemple vécu :

Un négociant, aux affaires prospères, propriétaire d'importants immeubles voit sa trésorerie mise à sec par la défaillance inattendue d'un gros client et vient demander à son notaire un prêt hypothécaire de l'ordre de 1 million ; cette somme, ajoute-t-il, dépasse mes besoins immédiats, mais je désire conserver de larges disponibilités tant pour les exigences de mon commerce que pour faire face éventuellement à toute perte nouvelle, je livre d'ailleurs une grosse commande, et j'aurai bientôt du papier à remettre en banque.

Le notaire se rend compte :

1<sup>o</sup> Qu'un emprunt à long terme de l'ordre de 600.000 fr. serait suffisant ;

2<sup>o</sup> Que le surplus n'est destiné à couvrir que des éventualités et traduit l'émoi causé par une grosse perte, émoi dont le négociant ne tardera pas à se remettre.

Il évalue les immeubles à 1.500.000 fr. et obtient :  
du Crédit foncier le prêt de 600.000 fr.,

et d'un banquier l'ouverture d'un compte courant appuyé d'une affectation hypothécaire en deuxième rang pouvant garantir un solde atteignant 700.000 fr.

Bien entendu il n'y a pas ouverture de crédit, puisque le banquier n'a pris aucun engagement de faire des avances ; mais, en fait, les traites du négociant seront escomptées avec plus de libéralité et les incidents d'échéance, d'impayés, de fin de mois réglés sans discussion.

L'opération ainsi décomposée présente beaucoup de souplesse, économise des intérêts sur la partie de prêt qui fut demeurée inutilisée et improductive, tout en laissant aux deux contractants une marge de sécurité pour les fluctuations du compte.

Par son initiative, par ses démarches, le notaire a fait office de négociateur, poussant ainsi son activité dans le domaine du crédit, jusque sur le plan économique.

\* \* \*

En jouant le rôle dont nous venons d'esquisser l'importance, le notaire, comme tout être humain, court le risque de commettre des erreurs, des fautes ou simplement d'être déjoué dans ses prévisions.

Dans quelle mesure sa responsabilité pourra-t-elle être mise en cause ?

Ouvrons d'abord une parenthèse sur la responsabilité notariale ; de pleins recueils en traitent<sup>1</sup> et les décisions de jurisprudence abondent.

A les lire on demeure frappé de la multiplicité des cas de responsabilité, pour les motifs les plus divers.

Cédant à la pression d'une clientèle aux prises avec la complexité grandissante des relations juridiques et économiques, les magistrats ont joué vis-à-vis des notaires un rôle prétorien en les assimilant à des sages qui n'ont pas le droit de se tromper ni de subir les faiblesses humaines.

De beaucoup de travaux et services facultatifs et même exceptionnels à l'origine ils ont fait aux notaires des devoirs extra-légaux mais devenus professionnels.

A côté de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle résultant de la loi, de l'accomplissement des fonctions notariales telles qu'elles sont annoncées par la loi de Ventôse (rédaction des actes et garde des minutes) ils ont créé de toutes pièces une responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle basée sur la volonté expresse ou présumée du client.

Ce n'est pas le lieu d'apprécier ici cette jurisprudence. Nous signalerons seulement qu'elle atteint son maximum de sévérité en matière hypothécaire : très souvent les notaires sont condamnés à rembourser les prêts dont ils

1. Voyez l'ouvrage déjà cité de M. Dubas et en outre Bayle, *De la responsabilité des notaires en matière de prêts hypothécaires*, thèse, Lyon, 1933, Cambron, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires*, 1928 ; Deneux (Henri), *La responsabilité civile des notaires comme conseils de leurs clients*, 1932 ; Leblond, *Le notaire mandataire et sa responsabilité*, thèse, Paris, 1935.

ont établi les actes, en cas de défaillance des emprunteurs. Le notaire devient ainsi caution du débiteur vis-à-vis du prêteur et ce, au mépris de l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843.

A cause de cette sévérité, il se fait de moins en moins de placements hypothécaires dans les études et depuis l'organisation de la responsabilité collective des notaires, les inspecteurs de comptabilité vont jusqu'à en relever le nombre et l'importance sur leurs rapports, à tel point que le légendaire placement pour mineurs ou femmes dotales ne sera bientôt plus qu'un souvenir ou ... un article de contrebande.

Allons-nous appliquer pareil droit prétorien aux affectations hypothécaires à la garantie d'un compte courant ?

Sans doute, le notaire peut être rendu responsable de tout vice de forme, défaut de consentement ou de capacité des parties, vérification incomplète des titres de propriété, retard ou omission des inscriptions au bureau des hypothèques, etc... : tout cela relève du formalisme habituel auquel il est préposé et s'applique à l'affectation hypothécaire qui nous intéresse comme à tout acte d'obligation ou d'ouverture de crédit appuyé d'une garantie hypothécaire.

Une responsabilité particulière peut cependant découler d'une interprétation inexacte ou mal qualifiée des conventions réelles des parties ou encore d'une mauvaise rédaction ne s'harmonisant pas avec la nature du compte courant. Certaines clauses excluant la réciprocité des remises et versant dans la reconnaissance de dette ou l'ouverture de crédit peuvent, ainsi que nous l'avons dit plus haut, avoir des conséquences dommageables pour les clients et par voie de recours pour le notaire.

Mais ce n'est là qu'une application extensive de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, aux termes duquel les notaires sont passibles de dommages-intérêts à raison des vices de forme de leurs actes.

Une autre règle, œuvre de jurisprudence, veut que les notaires ne se bornent pas à donner aux conventions des parties les formes légales et l'authenticité, mais renseignent leurs clients sur les conséquences des actes qu'ils passent et suppléent à leur ignorance des règles du droit.

Nous quittons alors le formalisme pour aborder le fond et si les parties contractantes ne mènent pas à bonne fin les opérations prévues dans l'acte, le notaire s'expose non seulement à se le voir reprocher, mais encore à en demeurer responsable par application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Quelle mauvaise affaire ! vous n'auriez pas dû me la laisser conclure ! s'écrie le client déjoué dans ses calculs ; quand il n'ajoute : c'est vous qui me l'avez proposée, c'est votre fait et je vous en tiens pour responsable.

Qu'elle soit artificiellement basée sur la notion de mandat tacite ou de gestion d'affaires, qu'elle soit quasi-délictuelle ou quasi-contractuelle ou qu'elle dérive plus simplement du devoir moral de conseil, cette responsabilité peut trouver sa raison d'être en matière de prêt hypothécaire négocié et de placements offerts à des clients inexpérimentés ou aveuglément confiants ; elle ne saurait être retenue en matière de compte courant, opération qui n'est généralement pas pratiquée par des illettrés ou des orphelins ni par la bouquetière du carrefour.

Que ce compte fonctionne avec un gros établissement

de crédit muni d'un contentieux organisé, avec une banque privée aux rouages plus modestes ou même entre simples particuliers, il s'agit toujours de contractants ne s'embarrassant pas de formules étroites et jouant le risque du commerce ; la garantie hypothécaire augmente leur marge et leur permet plus gros jeu, mais les chiffres portés en l'inscription n'auront jamais pour eux qu'une valeur indicative ; entraînés par le rythme de leurs opérations ils ne se feront pas faute de les franchir. Aux conseils de prudence et de modération, ils répondront avec ironie comme nous l'avons nous-même entendu : vous avez raison, mais vous parlez en notaire..... nous sommes industriels ..... fabriquer c'est risquer, arrêter c'est perdre !

Et le banquier est prié d'escompter à la cadence des machines suivant un impérieux déterminisme.

Quelle que soit l'influence du notaire au moment de la rédaction de l'acte, de la constitution de l'hypothèque, l'exécution de la convention lui échappe entièrement et n'est l'œuvre que des parties elles-mêmes, de leur tempérament, de leurs spéculations, de leurs imprudences.

Le notaire n'est pas plus responsable de l'instrument de crédit qu'il a forgé que le constructeur des excès de vitesse réalisés avec les puissantes voitures de sa fabrication.

Au regard du bénéficiaire de cette affectation, l'opération se présente non comme le placement de portefeuille d'un prêteur hypothécaire, mais sous la forme d'une garantie complémentaire utilisée à pleine valeur contre le risque inhérent à une autre convention, le compte courant, à laquelle le notaire est étranger et dont il ne lui appartient pas de régler le fonctionnement.

Une crainte peut cependant le hanter, celle de recevoir un acte susceptible d'être déclaré nul par application de l'article 446 du Code de commerce si cet acte se place dans la période suspecte.

Si le notaire a connaissance de l'état de gêne plus ou moins caractérisé du commerçant, quelle attitude adoptera-t-il ?

Hors le cas de fraude ou de complicité dolosive, nous estimons que le notaire ne saurait en principe être rendu responsable de cette nullité pour les motifs suivants :

1<sup>o</sup> La cessation de paiements est un état de fait, dont la constatation n'incombe qu'au tribunal et uniquement après déclaration de faillite ; le notaire n'a pas à la préjuger à moins de circonstances particulières la rendant inévitable ; mais en pareil cas, le fonctionnement du compte serait lui-même troublé au point d'en entraîner la clôture et de changer le caractère de l'acte qui nous occupe.

2<sup>o</sup> La garantie hypothécaire ainsi accordée en pleine crise sera peut-être l'ultime crédit permettant de franchir une difficile échéance. Ni le danger d'annulation de l'acte ni les fluctuations du compte hors limites de sécurité par rapport à la valeur du gage ne sauraient autoriser le notaire à refuser son ministère. Ajoutons qu'aucune réparation ne peut lui être demandée même s'il a été le négociateur d'un pareil acte mis ultérieurement à néant par application de l'article 446. Il ne lui est pas plus interdit de courir cette éventualité pour sauver une famille de la faillite et du déshonneur qu'au chirurgien de tenter une dangereuse opération sur un patient déjà affaibli.

3<sup>o</sup> Enfin, même en présence de la jurisprudence citée

plus haut, l'hypothèque accordée en période suspecte peut garantir le solde débiteur en tant qu'il excède le débit provisoire existant à la date de report de la cessation des paiements ; et cet effet partiel et limité justifie suffisamment l'affectation hypothécaire.

Est-ce dire que le notaire instrumentera aveuglément sans la moindre précaution ? Evidemment non.

Tout d'abord il lui appartiendra de bien éclairer les parties sur les points délicats révélés par son examen et de s'assurer, par une correspondance conservée au dossier ou de toute autre manière, la preuve de cette mise en garde.

L'estimation et la visite des immeubles donnés en garantie incombent au bénéficiaire de l'hypothèque, le notaire fera bien de s'abstenir de les apprécier lui-même.

Et, plus encore, il évitera de s'immiscer dans le fonctionnement du compte courant et de recevoir des fonds ou remises des contractants.

Ces précautions varieront suivant chaque espèce, la liste n'en saurait être arrêtée.

---

## CHAPITRE II

### EXERCICE DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

L'hypothèque confère à son bénéficiaire un droit de préférence sur le prix de l'immeuble grevé et un droit de suite sur le gage ; elle ne lui permet pas de se mettre en possession de l'immeuble pour le vendre ou se l'approprier : pour exercer ces deux droits, le créancier doit saisir l'immeuble.

Ce n'est pas l'affectation hypothécaire qui donne le droit de saisir : tout créancier le possède même s'il est simple chirographaire, sous réserve que sa créance remplisse les conditions requises par la loi. Mais l'hypothèque confère à son bénéficiaire un droit de saisie plus étendu :

1<sup>o</sup> Elle lui permet de l'exercer non seulement sur le débiteur, mais encore à l'encontre de tout tiers détenteur de l'immeuble : conséquence du droit de suite ;

2<sup>o</sup> La faillite du débiteur ne suspend pas le droit de saisie, car l'article 571 du Code de commerce maintient au profit des créanciers hypothécaires le droit de poursuite individuelle dont sont dépouillés les créanciers chirographaires.

Par contre, le créancier hypothécaire ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypo-

théqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués (art. 2209 C. civ.).

Le correspondant, en faveur de qui se balance le compte courant garanti par une hypothèque, bénéficie de ces avantages et subit l'inconvénient de l'article 2209.

L'exercice de l'action hypothécaire appelle cependant dans le cas de compte courant quelques remarques.

### Section I

#### Saisie effectuée par le correspondant en compte courant

L'exercice de l'action hypothécaire par le correspondant, banquier ou négociant, au profit de qui la sûreté a été constituée, se fait suivant les règles du droit commun.

Deux observations s'imposent cependant :

1<sup>o</sup> *Nécessité de clore le compte avant de poursuivre.* — En effet, pour permettre de saisir, une créance doit être certaine, liquide et exigible (art. 551 du C. proc. civ.). Or, jusqu'à la clôture, la créance résultant d'un compte courant est conditionnelle (ou même éventuelle), son montant ne peut être déterminé exactement et enfin n'est pas exigible, puisque le principal effet de la convention est précisément de suspendre l'exigibilité jusqu'à la fin des opérations.

2<sup>o</sup> *Il n'est pas nécessaire que le compte ait été liquidé par acte authentique ou en justice.*

Le François avait soutenu le contraire en se fondant sur l'article 673 du Code de procédure civile qui exige que le commandement préliminaire à la saisie, contienne copie du titre exécutoire.

Mais ce titre, c'est en l'espèce l'acte original par lequel a été constituée l'hypothèque, c'est donc de cet acte seul que le commandement doit donner copie.

La jurisprudence décide en effet que le titre exigé par l'article 673 est celui qui sert de fondement à la créance et non celui qui en constate le chiffre <sup>1</sup>.

Le commandement est donc régulier dès lors qu'il contient copie : 1) de la grosse de l'affectation hypothécaire ; 2) de l'état du compte courant <sup>2</sup>.

Si le débiteur n'accepte pas le solde, il lui appartient de le contester par voie d'opposition au commandement.

## Section II

### Exercice de l'action hypothécaire par les tiers porteurs d'effets de commerce

#### § 1

##### Les tiers porteurs d'effets de commerce bénéficient-ils de l'hypothèque

Cette question n'est pas spéciale à l'affectation hypothécaire constituée pour sûreté d'un compte courant : elle se pose chaque fois que la créance garantie est transmissible par les formes commerciales. Mais elle prend une importance toute particulière dans notre cas : le compte courant fonctionnant la plupart du temps entre commerçants s'accompagne généralement d'une circulation de traites et de billets à ordre intensive : son ouverture n'a-t-

1. Req., 25 juillet 1859 (D.P., 59.1.400) ; Bourges, 21 décembre 1891 (D.P., 92.2.112).

2. Poitiers, 28 janvier 1878 (D.P., 78.2.145).

elle pas bien souvent pour but de faciliter l'escompte ?

Ces effets de commerce sont de deux catégories :

1°. — **Traites tirées par le bénéficiaire de l'hypothèque sur son correspondant et négociées ensuite.**

Cette situation se présentera surtout dans le cas de compte courant entre deux commerçants : l'industriel qui vient de livrer d'importantes fournitures à un de ses clients inscrit au débit du compte de celui-ci le montant du prix de vente ; sa créance, dans le cas où il s'est fait consentir hypothèque se trouve ainsi *ipso facto* garantie ; en même temps l'industriel tire traite sur son correspondant, traite qu'il présente aussitôt à l'escompte. Le banquier à qui il transmet la lettre de change ainsi créée en représentation d'une créance inscrite au compte courant acquiert-il des droits sur l'hypothèque ?

Et le même cas peut se présenter dans l'hypothèse de compte courant ouvert entre un commerçant et son banquier : celui-ci, désireux de mobiliser un découvert momentané peut fort bien faire souscrire des billets à ordre à son client ou tirer traite sur lui. Les tiers à qui il négocie les effets ainsi créés en représentation du débit d'un compte courant ont-ils le droit d'exercer l'hypothèque ?

Aucun doute pour cette première catégorie d'effets : la créance qu'ils représentent est indiscutablement garantie par l'hypothèque, l'endossement qui transmet la propriété de cette créance (art. 136 du C. com.) entraîne cession de la sûreté qui en est l'accessoire (art. 1692 du C. civ.).

On objecterait en vain que l'hypothèque, droit purement civil, ne peut être transférée par un moyen qui n'est admis qu'en matière commerciale : ce n'est en effet pas

la nature commerciale qui rend possible la cession par endossement, mais uniquement la forme du titre ; un billet à ordre souscrit par un non commerçant pour affaire non commerciale, donc engagement civil, ne se transmet-il pas par endossement ?

Que se produirait-il s'il en était autrement : la créance serait cédée et l'hypothèque ne le serait pas, il y aurait séparation de l'obligation garantie et de la sûreté au mépris de l'article 1692 du Code civil.

**2° — Traités endossés au nom du bénéficiaire de l'hypothèque et négociés par lui.**

Cas non moins fréquent, surtout dans l'hypothèse de compte courant entre un banquier et un commerçant : le banquier qui escompte une traite tirée par son client sur un débiteur quelconque, en passe le montant en compte courant, mais souvent ne la garde pas jusqu'à l'échéance, la réescompte, la transmet à la Banque de France ou à un autre établissement de crédit. Cet effet est-il garanti par l'hypothèque stipulée pour sûreté du compte courant du tireur ?

Question plus délicate : la traite ne représente plus, comme dans le premier cas, une créance du bénéficiaire de l'hypothèque sur son correspondant, mais une créance du constituant de la sûreté sur son propre débiteur, à laquelle l'hypothèque stipulée au profit du banquier ne s'applique évidemment pas.

Cependant, les effets de cette seconde catégorie seront eux aussi garantis et leurs porteurs successifs pourront exercer l'hypothèque : en endossant la lettre de change au nom du banquier, le tireur a contracté envers lui, en vertu de l'article 140 du Code de commerce, une obli-

gation principale et solidaire<sup>1</sup>, l'inscription de cet engagement en compte courant l'a fait bénéficiaire de l'hypothèque et l'endossement de la traite par le banquier entraînant cession de l'obligation du tireur transfère la sûreté qui la garantit.

**Conclusion.** — Les tiers porteurs soit d'effets créés par le bénéficiaire de l'hypothèque sur son correspondant, soit de traites endossées au nom du bénéficiaire de l'hypothèque, sont créanciers hypothécaires<sup>2</sup>.

## § 2

### Comment les tiers porteurs peuvent-ils exercer l'action hypothécaire ?

L'exercice de l'action hypothécaire par les tiers porteurs d'effets de commerce sera tout à fait exceptionnel.

En effet, les porteurs d'effets ne sont pas créanciers hypothécaires de leur chef, « en droit soi », ils ne le sont qu'en qualité de cessionnaires d'une créance garantie ; par suite ils ne sauraient avoir plus de droits que leur cédant<sup>3</sup>, banquier ou négociant endosseur. Conséquence : ils doivent, pour saisir comme créanciers hypothécaires, attendre la clôture du compte. N'ayant aucune action pour obliger les correspondants à cesser leurs opérations, les tiers porteurs ne pourront donc bien souvent exercer leur action hypothécaire.

Ils ont d'ailleurs pour recouvrer leur créance un moyen beaucoup plus simple et plus efficace : poursuivre l'en-

1. Cass., 5 août 1889 (D.P., 90.1.228).

2. Cass., 20 juin 1854 (S., 54.1.593) ; Dijon, 5 août 1858 (S., 59.2.50) ; Colmar, 29 mars 1852 (S., 54.2.488) ; Aubry et Rau, t. III, § 266 ; Clément, n° 298.

3. Paris, 25 juin 1836 (S., 26.2.355) ; Clément, *op. cit.*

dosseur solidairement tenu avec le tireur et les endosseurs antérieurs du paiement de l'effet, sauf en cas de vente de l'immeuble hypothéqué à demander leur collocation par préférence sur le prix.

L'exercice de l'action hypothécaire ne présente d'intérêt pour les tiers porteurs qu'au cas de défaillance du banquier ou du commerçant qui leur a transmis l'effet : la faillite de l'un des correspondants ayant provoqué la clôture du compte, a fait disparaître l'obstacle qui s'opposait à la saisie, et la qualité de créancier hypothécaire offre alors pour les tiers porteurs un triple intérêt :

**1<sup>o</sup>** Ils n'ont pas besoin d'un jugement pour faire commandement : la lettre de change (sauf le cas infiniment rare où elle résulterait d'un acte authentique) n'est pas un titre exécutoire ; pour en poursuivre le paiement, le porteur doit donc commencer par obtenir jugement. Le titre exécutoire du tiers exerçant l'action hypothécaire, c'est celui de l'endosseur, la grosse de l'affectation hypothécaire ; la traite n'est alors que l'instrument d'une cession de créance qui n'a pas besoin d'être authentique. Le porteur se trouve exactement dans la même situation que le cessionnaire par acte sous seings privés d'une créance notariée, qui peut saisir le débiteur en vertu de la grosse de son cédant.

Le commandement décerné par le tiers porteur contiendra copie :

- 1<sup>o</sup> de la grosse de l'acte, qui sert de fondement à la créance née du compte courant ;
- 2<sup>o</sup> de l'état du compte ;
- 3<sup>o</sup> de l'effet de commerce.

**2<sup>o</sup>** Au cas où le constituant de l'hypothèque (tiré ou tireur suivant qu'il s'agit d'effets de la 1<sup>re</sup> ou de la

2<sup>e</sup> catégories définies ci-dessus) tombe lui aussi en faillite, les tiers porteurs peuvent encore exercer leur droit de poursuite individuelle, qui leur aurait été enlevé s'ils n'avaient joui d'une hypothèque (art. 571, C. com.).

3<sup>o</sup> Ils peuvent saisir à l'encontre d'un tiers détenteur. Mais la cession résultant au profit des porteurs de l'endossement des traites n'est opposable aux tiers que si elle a été publiée, si mention en a été opérée en marge de l'inscription primitive. Et le conservateur des Hypothèques ne fera cette mention qu'en vertu d'un acte authentique ou d'un jugement<sup>1</sup>. Pour saisir sur un tiers détenteur, le porteur devra donc déposer l'effet aux minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écriture par tous les intéressés ou obtenir jugement.

Il ne faut surtout pas oublier que le tiers porteur n'exerce l'action hypothécaire qu'en qualité de cessionnaire du bénéficiaire de la sûreté : il ne peut avoir plus de droits que lui et par conséquent ses droits hypothécaires sont soumis à l'éventualité d'un solde au crédit de son endosseur. Si le compte courant se balance en faveur du constituant de l'hypothèque ou présente un solde nul, l'hypothèque est sans cause et ne saurait donc profiter aux porteurs d'effets.

---

1. Jacquet et Vétillard, *Traité de la mainlevée d'hypothèque et des radiations d'inscription*, 1923, V<sup>o</sup> Cession de créance, n<sup>o</sup> 23.

## CHAPITRE III

### DISTRIBUTION DU PRIX DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ

La distribution du prix de l'immeuble grevé se fait suivant la procédure habituelle de l'ordre.

L'existence d'une hypothèque pour sûreté d'un solde éventuel de compte courant soulève cependant, un certain nombre de difficultés.

**1<sup>re</sup> Difficulté. Impossibilité de faire sommation de produire aux tiers porteurs.**

Les tiers porteurs étant inconnus, sommation de produire ne peut leur être faite.

Ceci n'empêche pas la distribution : seuls les créanciers inscrits doivent obligatoirement recevoir sommation ; les tiers porteurs n'ont donc pas à être sommés, sauf le cas exceptionnel où ils auraient fait mentionner leurs droits en marge de l'inscription ... ce qui les révélerait et ferait disparaître la difficulté.

Il leur est d'ailleurs toujours loisible de produire spontanément à l'ordre.

**2<sup>e</sup> Difficulté. — Rang de l'hypothèque.**

Cette question nous retiendra fort peu car les discussions qu'elle suscita sont terminées depuis longtemps.

Les premiers commentateurs du Code civil soutenaient que l'hypothèque garantissant une obligation éventuelle ne prenait rang que du jour de la réalisation de l'éventualité<sup>1</sup> : leur opinion s'appuyait sur les précédents du droit romain et de notre ancien droit.

La solution du droit romain était justifiée à une époque où les hypothèques restaient occultes : le risque aurait été trop grand pour les tiers de se voir primer par une hypothèque attachée à une obligation éventuelle qu'aucun fait extérieur ne pouvait leur révéler.

Mais elle n'avait plus de raison de subsister depuis que la loi de brumaire an VII et le Code civil avaient organisé la publicité des hypothèques.

Si cette opinion avait été suivie, l'hypothèque n'aurait plus présenté aucun intérêt pour le créancier éventuel, puisqu'il risquait de se voir préférer des créanciers postérieurs.

Aussi la jurisprudence a-t-elle toujours décidé que l'hypothèque pour dette éventuelle prenait rang du jour de l'inscription et non du jour des remises<sup>2</sup>.

Et toute la doctrine a suivi<sup>3</sup>.

1. Merlin, *Questions de droit*, V<sup>o</sup> Hypothèque, § 3 ; Touillier, t. VI, n<sup>o</sup> 546 ; Troplong, t. II, n<sup>o</sup> 478 ; Zachariæ, t. II, p. 143 ; Aubry et Rau dans les deux premières éditions de leur *Cours de droit civil français* et *Répertoire* Dalloz 1<sup>re</sup> édit.

2. Douai, 17 décembre 1833 ; Poitiers, 9 janvier 1844 ; Paris, 20 août 1841 (S., 41.2.541) et 30 mars 1842 (S., 43.2.113) ; Besançon, 30 novembre 1848 (S., 48.2.729) ; Req., 8 mars 1853 (D.P., 54.1.341).

3. Persil, *Quest.*, t. I, chapitre IV, § 3 ; Grenier, t. I, n<sup>o</sup> 26 ; Pardessus, *Droit commercial*, t. IV, n<sup>o</sup> 1137 ; Rolland de Villargues, V<sup>o</sup> Hypothèque, n<sup>o</sup> 55 ; Battur, t. II, n<sup>o</sup> 283 ; Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édit., t. III, § 266, p. 283 et après eux tous les auteurs de traités de droit civil et de droit commercial.

### 3<sup>e</sup> Difficulté. — Etendue de l'hypothèque.

Le principe est très simple : l'hypothèque garantit le solde du compte, ce n'est que l'application de la volonté des contractants.

A condition bien entendu, que ce solde ne soit pas supérieur à l'évaluation faite dans l'inscription : situation exceptionnelle en pratique, car le créancier a soin d'estimer très largement sa créance éventuelle.

Si les parties ont limité le chiffre de l'hypothèque dans la convention, le solde ne sera garanti évidemment qu'à concurrence de la somme fixée.

Tout ceci n'est que droit commun.

Quelques précisions cependant sont nécessaires ; ce solde peut se composer d'éléments très divers : remises antérieures au contrat, avances postérieures si un terme a été fixé, intérêts, etc. L'hypothèque s'étend-t-elle à tous ces éléments ?

#### A. *Remises antérieures à la constitution d'hypothèque.*

— Le problème se pose dans tous les cas où l'affectation hypothécaire est consentie en cours de fonctionnement du compte. Les avances antérieures à la constitution de la sûreté sont sans aucun doute garanties<sup>1</sup>.

Prétendre le contraire serait absurde, puisque c'est généralement le découvert du compte qui a nécessité l'affectation hypothécaire.

Mais là encore, il faut avant tout respecter la volonté des parties et si celles-ci avaient limité l'hypothèque à leurs opérations futures, la sûreté ne s'étendrait pas aux avances antérieures.

1. Dijon, 7 novembre 1872 (S., 73.2.84) ; Cass., 29 décembre 1880 (S., 81.1.163) ; Clément, *loc. cit.* ; Aliez, *Des effets du compte courant* (thèse, Rennes, 1897).

B. *Avances postérieures au terme fixé.* — La question se pose ainsi : les contractants au lieu de n'assigner aucune durée à leurs conventions ont prévu que le compte serait clos à une date déterminée. Le plus souvent cette stipulation ne sera pas exécutée : le terme arrivé, les correspondants continueront à effectuer des remises, prorogeant ainsi tacitement la convention de compte courant. Procédé parfaitement correct... Mais l'hypothèque garantit-elle toujours le solde final qui apparaîtra à la clôture du compte ? Peut-elle ainsi s'étendre à des avances postérieures au terme fixé ?

Tel était le fond du procès Bony-Lemaître dont nous avons déjà relaté les faits<sup>1</sup>.

Quatre systèmes ont été proposés :

1<sup>o</sup> L'hypothèque ne garantit plus rien ; l'opération doit s'analyser ainsi : automatiquement l'arrivée du terme a opéré clôture du compte nanti de la sûreté ; en le prorogeant les correspondants ont en réalité ouvert un deuxième compte, dont le solde du précédent a formé le premier article, il y a eu novation donc extinction de l'hypothèque<sup>2</sup>.

Raisonnement insoutenable : la novation ne se présume pas et le contractant qui accepte de continuer le compte n'a sûrement pas voulu par là renoncer à son hypothèque. Payer sa complaisance à ce prix serait véritablement inique !

2<sup>o</sup> L'hypothèque garantit la totalité du solde final : les remises perdant leur individualité se fondent dans ce solde indivisible, il est impossible d'opérer une discrimi-

1. Cf., p. 134.

2. Le François, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 123.

nation selon la date des avances. Telle était la solution de la Cour d'appel de Rouen <sup>1</sup>.

Système aussi peu satisfaisant : il méconnaissait les droits légitimes des tiers, à qui la prorogation tacite du compte était inopposable (art. 1165 du C. civ.) à défaut d'une nouvelle inscription d'hypothèque, qui n'aurait d'ailleurs valu qu'à sa date.

Pour cette raison, la Chambre civile cassa l'arrêt de la Cour de Rouen : « Attendu que l'existence de la garantie  
« hypothécaire, dans ses effets à l'égard des tiers,  
« n'est pas soumise aux mêmes conditions et ne dépend  
« pas des mêmes règles que la détermination de la quo-  
« tité de la dette résultant du compte courant. Que si  
« la prorogation du compte courant, qui était dans le  
« droit des parties, a dû produire entre elles tous ses  
« effets, si un tel compte, dont les articles de débit et de  
« crédit forment, jusqu'à sa clôture, un tout indivisible,  
« ne donne tant qu'il court qu'un résultat provisoire  
« et ne présente que quand il a pris fin, un solde défini-  
« tif, en sorte que la créance de Jean Lemaitre, du chef  
« de Jean Lemaitre et compagnie existe à concurrence  
« de la somme due par Bony à l'époque de la clôture du  
« compte courant, fermé par l'événement du décès de  
« celui-ci, ces circonstances modificatives des droits  
« respectifs des parties, en leur qualité de créancière et  
« de débitrice l'une de l'autre, n'ont pu à l'égard des  
« tiers, grever la situation hypothécaire de Bony au  
« delà de ce qu'elle était au jour auquel l'inscription  
« hypothécaire déclarait que le compte courant serait  
« arrêté ;

1. Rouen, 19 janvier 1849 (S., 50.2.138).

« Attendu, en effet, qu'aux termes de l'article 2134  
« du Code civil l'hypothèque n'a de rang entre les créan-  
« ciers que du jour de l'inscription prise conformément à  
« la loi, et notamment à l'article 2148; d'où il faut  
« conclure qu'elle ne peut pas entre eux avoir rang et  
« créer des droits pour tout ce qui ne serait pas révélé  
« publiquement par l'inscription; Qu'ainsi, l'inscription  
« hypothécaire ayant été prise pour garantir, au profit  
« de Jean Lemaitre et compagnie la créance éventuelle  
« qu'ils viendraient à avoir contre Bony au 5 février 1846,  
« cette créance, quelque modification qu'elle ait pu subir  
« par le cours ultérieur du compte resté ouvert, ne pourra  
« valoir hypothécairement contre les tiers, pour une  
« somme plus forte que celle à laquelle elle aurait monté,  
« si le compte eut été arrêté et balancé à l'époque indi-  
« quée par l'inscription ».

3<sup>o</sup> L'hypothèque garantit le solde au jour fixé, sous déduction des remises ultérieures : système soutenu dans le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen.

Mais il oubliait que les règles d'imputation des paiements ne sont pas applicables en matière de compte courant, et que, par suite, les remises postérieures ne pouvaient s'imputer sur le solde provisoire<sup>1</sup>.

4<sup>o</sup> L'hypothèque garantit le solde final mais à concurrence seulement du découvert existant à l'échéance convenue. Solution qui respecte à la fois la volonté des parties et les droits des tiers.

C'est celle qu'adoptà la Cour de Paris devant qui la Cour de cassation avait renvoyé l'affaire Bony<sup>2</sup>.

Deux arrêts postérieurs l'un de la Cour de Bordeaux,

1. Cass., 22 mars 1852 (S., 52.1.308).

2. Paris, 21 décembre 1852 (S., 53.2.5).

l'autre de la Cour d'Alger ont confirmé cette jurisprudence<sup>1</sup> : « Attendu, déclare ce dernier arrêt, qu'il est de  
« principe que l'hypothèque consentie pour ouverture  
« de crédit par compte courant ne garantit que le solde  
« du compte arrêté réellement ou fictivement au terme  
« fixé ; que si le compte a été continué au delà de ce terme  
« le solde définitif n'est couvert hypothécairement qu'à  
« concurrence de la somme dont le créancier se trouvait  
« créancier au jour primitivement fixé pour la clôture  
« du compte ».

C'est aussi la solution professée par la doctrine<sup>2</sup>.

En résumé :

ou bien le solde final sera inférieur au débit existant à l'échéance convenue : il sera tout entier garanti par l'hypothèque.

ou bien il lui sera supérieur : le solde final ne sera alors garanti qu'à concurrence du découvert existant au terme non observé sans qu'il y ait à tenir compte des opérations intervenues après cette date.

C. *Intérêts*. — Pendant la durée du compte, les intérêts produits par les remises se capitalisent (généralement tous les trois mois), ils sont intégrés dans le solde et à ce titre conservés par l'hypothèque<sup>3</sup>.

Et pour qu'il en soit ainsi, il n'est pas nécessaire que les parties aient expressément étendu l'hypothèque aux intérêts : soutenir le contraire, comme l'a fait Le Fran-

1. Bordeaux, 18 août 1874 (D.P., 77.2.230) et Alger, 19 juin 1894 (D.P., 96.2.236.)

2. Aubry et Rau, t. III, p. 282 ; Feitu, n° 351 ; Clément, n° 173 et 297 Aliez, thèse citée.

3. Pau, 3 mai 1888 (D.P., 89.2.285) ; Clément, *op. cit.* ; Hamel, *Banques et opérations de banque* ; Aliez, thèse citée.

çois<sup>1</sup>, c'est faire abstraction sans motif de la capitalisation.

Après clôture, l'anatocisme cesse, les intérêts du solde sont soumis au droit commun et ne sont plus garantis que pour trois ans en vertu de l'article 2151 du Code civil<sup>2</sup>.

La Cour de cassation dans un arrêt très récent du 3 février 1937 vient de consacrer ces solutions<sup>3</sup>.

#### 4<sup>e</sup> Difficulté. — Collocation des tiers porteurs d'effets.

Les porteurs de lettres de change ou billets à ordre garantis par l'hypothèque ont un droit de préférence sur le prix de l'immeuble grevé. Leur collocation se fera d'après les règles suivantes :

1<sup>re</sup> Règle. — Les tiers porteurs qui ne sont que des ayants cause du bénéficiaire de l'hypothèque ne peuvent avoir plus de droits que lui : si donc celui-ci n'est pas finalement créancier, si le compte ne se balance pas à son crédit, les porteurs d'effets n'ont aucun droit de préférence. Et si le solde est inférieur au montant des traites, les tiers porteurs ne peuvent exercer leurs droits hypothécaires qu'à due concurrence<sup>4</sup>.

2<sup>e</sup> Règle. — Les tiers porteurs doivent être colloqués avant le correspondant en compte courant, car celui-ci leur ayant endossé l'effet leur doit garantie en vertu de l'article 140 du Code de commerce.

3<sup>e</sup> Règle. — Entre eux, les tiers porteurs viennent en concours, l'antériorité de l'endossement ne conférant aucun droit de priorité<sup>5</sup>.

1. *Op. cit.*, n° 54 à 63.

2. Douai, 10 février 1853 (S., 53.2.305) ; Hamel, *Banques et opérations de banque*, n° 375 ; Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 852 ; Aliez, thèse citée.

3. *Gaz. Pal.*, 1937.1.704.

4. Paris, 25 juin 1836 (S., 36.2.355) ; Colmar, 29 mars 1852 (S., 54.2.488) ; Clément, *op. cit.*

5. Colmar, arrêt cité, 2<sup>e</sup> espèce ; Clément, *op. cit.*, n° 298.

**5<sup>e</sup> Difficulté. — Comment distribuer le prix si le compte n'est pas clos.**

Si l'immeuble a été vendu sur saisie poursuivie par le correspondant en compte courant, le compte est nécessairement clos, la créance est certaine et déterminée, la question ne se pose donc pas.

Mais si la distribution du prix s'opère par suite de saisie par un autre créancier ou de purge, le compte peut être encore en cours de fonctionnement. Dans ce cas, les droits du bénéficiaire de l'hypothèque sont éventuels ou au moins soumis à condition résolutoire. Et comme on ne peut contraindre l'industriel ou le banquier à clore le compte, il est impossible de procéder à une distribution exacte et définitive du prix.

Comment sortir de cette impasse? Le juge chargé d'élaborer le règlement provisoire a le choix entre trois partis :

— colloquer le correspondant en compte courant (ou les tiers porteurs d'effets ses ayants droit) à concurrence de la somme portée dans l'inscription, sauf à proscrire les mesures qu'il juge nécessaires pour assurer, le cas échéant, la restitution (versement à la Caisse des dépôts et consignations, constitution de sûretés, emploi);

— faire abstraction de cette hypothèque et colloquer les autres créanciers sous caution de rembourser la somme nécessaire dès clôture du compte;

— surseoir jusqu'à l'arrêt des opérations, s'il doit avoir lieu à une date prochaine.

Telles sont les mesures auxquelles recourent les juges aux ordres toutes les fois qu'ils se trouvent en présence de production pour créances éventuelles et indéterminées<sup>1</sup>.

1. Voyez *Cours* de M. Solus, *Vois d'exécution*, 1932-33, p. 224.

## CHAPITRE IV

### PURGE. RÉDUCTION ET RADIATION

Les causes d'extinction de l'hypothèque constituée pour sûreté d'un compte courant sont celles du droit commun ; nous n'avons pas à les énumérer...

Mais le caractère éventuel de l'obligation garantie et la transmission de l'hypothèque aux tiers porteurs soulèvent quelques difficultés en cas de purge, de réduction ou de radiation de l'inscription.

#### § 1

##### Purge de l'hypothèque

Certains ont émis des doutes sur la possibilité pour l'acquéreur de purger l'immeuble grevé d'hypothèque pour sûreté d'un compte courant ; ils y voient deux obstacles :

1° Le montant de la créance est indéterminé, son existence est même incertaine tant que le compte n'est pas clos ; et le tiers acquéreur n'a aucune action pour forcer le bénéficiaire de l'hypothèque à opérer la clôture ;

2° Il est impossible de connaître tous les porteurs d'effets ; comment alors faire la notification prescrite par l'article 2183 ?

Ces difficultés sont réelles, mais ne sauraient faire obstacle au droit accordé à tout acquéreur de purger les hypothèques grevant son immeuble ; elles ne sont d'ailleurs pas spéciales au cas d'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant.

L'existence de la créance est incertaine chaque fois que celle-ci est affectée d'une condition et encore au cas d'inscription d'hypothèque légale. Cependant ni les hypothèques pour créances conditionnelles, ni les hypothèques légales n'empêchent la purge : la notification dans ce cas mentionne l'évaluation portée dans l'inscription et le caractère éventuel de la créance n'interdit pas au bénéficiaire de l'hypothèque de faire surenchère. La difficulté naît seulement au moment de la distribution du prix : nous en avons déjà indiqué la solution.

L'impossibilité de connaître tous les porteurs d'effets n'empêche pas la notification aux fins de purge : cette notification n'a pas besoin d'être faite au domicile des titulaires actuels de la créance, il suffit qu'elle soit faite aux domiciles élus dans les inscriptions<sup>1</sup>. A noter d'ailleurs que les tiers porteurs peuvent faire mentionner la cession résultant à leur profit de l'endossement en marge de l'inscription et modifier l'élection de domicile en ce qui les concerne.

1. Challamel, *op. cit.*

## § 2

**Réduction de l'inscription**

Il n'est pas nécessaire que la créance soit évaluée dans l'acte constitutif ; cette évaluation n'est exigée que dans l'inscription (art. 2132 C. civ.). Mais elle est alors l'œuvre du seul créancier. Aucune limite n'est fixée, et le bénéficiaire de l'hypothèque aura naturellement tendance à exagérer la somme pour sûreté de laquelle il prend inscription, épuisant ainsi d'un seul coup le crédit de son correspondant.

C'est le gros inconvénient de l'hypothèque pour dette éventuelle. Le législateur l'a prévu et a cherché à y remédier : le Code civil permet en effet au débiteur de demander aux tribunaux la réduction de l'inscription quand l'évaluation n'a pas été faite dans la convention, et prescrit au juge d'arbitrer l'excès commis par le créancier dans son estimation, « d'après les circonstances, les probabilités des chances et les présomptions de fait » (art. 2163 et 2164).

Le constituant de l'hypothèque pour sûreté d'un compte courant peut sans aucun doute user de cette faculté. Théoriquement du moins... car en pratique, il s'exposerait à une restriction des opérations ou même à leur cessation définitive.

L'évaluation de la créance acceptée par les deux parties dans l'acte constitutif évite toutes ces difficultés<sup>1</sup>.

1. Cf. p. 142 et la formule en annexe, n° 1.

## § 3

## Radiation de l'inscription

Qui a qualité pour donner mainlevée de l'inscription ? Celle-ci très souvent, garantit non seulement les droits du correspondant en compte courant mais encore, par le jeu des endossements et de l'escompte, les droits de tiers porteurs.

Ces tiers porteurs peuvent-ils donner mainlevée de l'hypothèque et requérir la radiation de l'inscription ? Non, car tant que la cession de créance n'est pas mentionnée, le cédant demeure seul titulaire de l'hypothèque aux yeux du Conservateur à qui un endossement sous seings privés ne peut être opposé. Il n'en serait autrement que si les traites étaient authentiques ou reconnues en justice à condition encore que le porteur prouve qu'elles représentent la totalité de la créance<sup>1</sup>.

Pratiquement, le titulaire de l'inscription a donc seul qualité pour donner mainlevée. Mais le Conservateur opérera-t-il la radiation sur la seule production de cet acte, les intéressés ne doivent-ils pas justifier en outre qu'aucune traite ne reste en circulation ? Telle est l'opinion de MM. Jacquet et Vétillard<sup>2</sup>.

Cette preuve étant à peu près impossible, la radiation ne pourrait être opérée que sur ordre de justice.

Cette thèse n'est pas soutenable : comment la concilier avec le principe qu'à défaut de mention en marge de l'inscription le créancier primitif demeure seul titulaire de l'hypothèque aux yeux du Conservateur ? Le Tribunal

1. Jacquet et Vétillard, *op. cit.*, V<sup>e</sup> Cession de créance, n<sup>os</sup> 5 et 23.

2. *Op. cit.*, n<sup>o</sup> 21.

civil d'Oran a ainsi condamné un Conservateur qui avait refusé de radier l'inscription prise pour sûreté d'une créance dont les parties avaient prévu la transformation en effets à ordre, avec les considérants suivants : « Atten-  
« du qu'il est sans intérêt pour les tiers que la personne  
« désignée dans l'inscription soit le véritable créancier,  
« qu'il leur importe peu que la créance repose effective-  
« ment sur la tête de celui dont le nom figure à l'inscrip-  
« tion, ou, au contraire, appartienne à un autre titulaire,  
« soit au moment de la prise d'inscription, soit au mo-  
« ment de l'exercice du droit hypothécaire ;

« Attendu qu'aussi longtemps que le véritable créan-  
« cier ne s'est pas révélé, le créancier porté dans l'ins-  
« cription constitue le contradicteur légitime »<sup>1</sup>.

L'inscription doit donc être radiée sur la seule main-  
levée du créancier indiqué dans l'inscription<sup>2</sup>. Cette  
solution, seule juridique, constitue un gros risque pour les  
tiers, qui doivent toujours craindre une collusion entre  
le débiteur et leur cédant ; en Belgique la loi du 15 avril  
1885 y a remédié en permettant aux tiers porteurs de  
former opposition à la radiation entre les mains du  
Conservateur. Notre droit n'accorde pas cette faculté :  
les tiers n'ont donc qu'un moyen d'échapper au risque  
signalé, faire mentionner leurs droits en marge de l'ins-  
cription.

1. Trib. civ. d'Oran, 4 mars 1911 (*J.C.*, avril 1912, art. 6562).

2. C'est aussi l'opinion de M. Escarra, *op. cit.*, n° 793.

---



## CONCLUSION

La valeur fiduciaire de l'hypothèque jointe à la souplesse du compte courant, fait du contrat étudié dans cette thèse un instrument répondant aux besoins de crédit des temps nouveaux, besoins qui dans le proche avenir vont se révéler impérieux et difficiles à satisfaire.

Quand nous avons abordé ce travail, la courbe cyclique se présentait en léger redressement par une timide reprise d'affaires après une longue dépression, mais notre système économique vieux d'un siècle, anémié par une longue guerre, ne put tenir. Les conflits sociaux de juin 1936 et surtout les occupations d'usines brisèrent tout élan.

Gros salaires, travail restreint, lourds impôts enflent sans mesure les prix de revient, les épargnes et réserves de toute nature s'épuisent en une perte de substance que traduit trop clairement le déficit permanent de notre balance commerciale. Le signe monétaire, détaché de son étalon, s'inscrit en or au 1/10 du pair, ne laissant de valeur d'échange et de crédit qu'aux biens réels, en particulier aux immeubles.

Et nous entrevoyons pour la production française des jours sombres évoquant les heures tragiques vécues par l'industrie allemande en 1923 ... et les mêmes remèdes !

Dans une conférence donnée le 3 décembre 1937 au Centre polytechnicien d'études économiques, M. René Brunet, sous-secrétaire d'Etat au ministère des Finances, étudiant les causes de l'atonie des affaires et du marasme de notre économie, proposait pour y remédier une meilleure organisation du crédit comportant : extension du warrantage, développement de l'assurance-crédit, des délégations de marchés, la mobilisation des créances sur l'Etat, etc.

Mais ce ne sont là que procédés de second ordre et instruments de crédit subsidiaires.

Les théoriciens et les économistes en chambre peuvent les recommander, le législateur même les organiser, longtemps encore ils se heurteront au scepticisme pratique des hommes vivant réellement les affaires et pour qui l'hypothèque est la première des sûretés et l'ultime moyen de crédit *plus est cautionis in re quam in persona* !

Le champ d'application du compte courant appuyé d'une pareille sûreté est illimité ; les exemples vécus que nous avons exposés dans l'introduction de cette thèse montrent clairement tout l'intérêt de cette pratique pour l'industrie et le commerce. Elle peut rendre les mêmes services aux agriculteurs : les Caisses de Crédit agricole en font déjà un large usage et telle société sucrière travaille en compte courant avec les cultivateurs leur fournissant libéralement sous la garantie d'une hypothèque affectée au paiement du compte, semences, engrais, tourteaux, sacs, ficelles de machine, outils, etc. !

N'est-ce pas un excellent procédé pour réaliser le développement du crédit préconisé par M. René Brunet ? Et n'y a-t-il pas lieu de l'encourager ?

Que peut faire le législateur pour cela ?

Tout d'abord, maintenir le régime fiscal actuel, cela va de soi.

Là ne doit pas se borner son œuvre ... La théorie du compte courant, construite de toutes pièces par la jurisprudence, élaborée au gré d'espèces diverses, a subi de graves vicissitudes et connu de profonds revirements. Les principes dégagés demeurent fragmentaires et imprécis, ils manquent de stabilité et leur reconnaissance risque toujours de n'être pas définitive. Or, crédit signifie confiance... confiance dans le co-contractant certes, mais avant tout confiance dans la validité et les effets de la convention conclue. L'incertitude sur le régime juridique du compte courant semble le plus grave obstacle au développement de l'affectation hypothécaire pour sûreté du solde.

Une réglementation légale du compte courant est donc indispensable, mais elle s'avère fort délicate, car il faut éviter d'édicter des règles rigides incompatibles avec le bon fonctionnement d'une opération aussi souple.

Depuis longtemps les praticiens, et en particulier les magistrats, la réclament. Répondant à leurs vœux la Société d'Etudes législatives a chargé en 1933 une commission de préparer un projet de loi. Cette commission s'est donné pour tâche non pas de construire « une théorie juridique du compte courant, mais de fournir en un « texte précis les solutions les plus pratiques et les plus « équitables en vue de résoudre certaines difficultés « juridiques nées de la vie des affaires »<sup>1</sup>. Le projet de loi qu'elle a établi comporte trois dispositions intéressant l'hypothèque :

1. Rapport de M. Hamel (*Bulletin*, 1934, n° 3).

1) Reconnaissance indirecte de sa validité : M. Philippe Fargeaud avait même demandé une reconnaissance explicite, aucun membre de la Commission n'y avait vu inconvénient et cependant il ne lui a pas été finalement donné satisfaction <sup>1</sup>. Pour quelle raison ? Les procès verbaux de séances n'en font pas mention. Peu importe d'ailleurs, car la validité ressort suffisamment des deux autres articles que nous allons analyser.

2) Maintien des sûretés attachées à une créance entrée en compte courant et report sur le solde éventuel du compte dans la mesure où les obligations résultant de ce solde ne sont pas supérieures à celles qui résultaient de la créance garantie (art. 7). Exception faite pour les sûretés consenties par un tiers qui disparaissent sauf accord contraire.

3) Nullité de toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, de tout nantissement, constitués pendant la période suspecte « dans la mesure où au moment de la « constitution de cette sûreté, le compte courant pré-  
« sentait déjà un solde débiteur à la charge du failli » (art. 12).

Ces solutions sont fort équitables et en harmonie parfaite avec les nécessités pratiques ; mais il nous semble qu'il y aurait lieu, sur le point particulier qui nous intéresse, de les compléter par les dispositions suivantes :

1<sup>o</sup> Détermination précise de l'étendue de l'hypothèque : il suffirait de consacrer les solutions données par la jurisprudence en cas d'avances antérieures ou postérieures au terme fixé, aux intérêts.

2) Reconnaissance du droit de saisie dès clôture du

1. Séances des 20 janvier et 9 février 1934.

compte, avant toute liquidation authentique ou en justice.

### 3) Réglementation des droits des tiers porteurs.

Pratiquement, les effets de commerce garantis par une hypothèque ne circulent pas, à l'heure actuelle, plus facilement que ceux qui en sont démunis. Comment en serait-il autrement ? Sauf cas exceptionnels, l'effet ne révèle pas l'existence de la sûreté et les tiers n'en ont même pas connaissance. Par ailleurs, ils se savent impuissants à conserver leurs droits, à la merci d'une purge, d'une distribution ou d'une radiation effectuées à leur insu.

Ces difficultés sont faciles à résoudre.

Pour révéler aux porteurs successifs l'existence de leurs droits hypothécaires et leur permettre d'apprécier la sécurité que leur procure la sûreté, il suffirait d'obliger tout tireur ou endosseur d'effet de commerce garanti par une hypothèque, par suite d'une inscription en compte courant ou autrement, à porter sur l'effet les mentions suivantes :

date de l'acte d'affectation hypothécaire et nom du notaire qui l'a reçu ;

date des inscriptions et indication des bureaux d'hypothèques où elles ont été prises.

Il y aurait également lieu, croyons-nous, d'introduire dans notre droit une solution analogue à celle de la loi belge de 1885 : tout porteur d'effet, même sous seings privés, aurait la faculté de signifier ses droits au conservateur des Hypothèques, et la loi pourrait préciser que la notification aux fins de purge et la sommation de produire aux ordres devraient être adressées aux tiers qui se seraient ainsi fait connaître, que l'inscription ne pour-

rait être radiée sans leur consentement et enfin que cette formalité leur permettrait de saisir sans jugement même à l'encontre d'un tiers détenteur (sauf à celui-ci à contester les droits du poursuivant).

Ces dispositions qui ne porteraient nullement atteinte aux droits des tiers, faciliteraient grandement le développement du crédit dont notre économie a tant besoin.

Vu :

*Le Président de Thèse :*  
H. SOLUS.

Vu

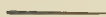
*Le Doyen de la Faculté :*  
Edgard ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur de l'Académie de Paris :*  
G. ROUSSY.

---

## ANNEXES



### **Formules**



## FORMULE N° 1

### CONVENTION DE COMPTE COURANT AVEC AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE

Par devant Me \_\_\_\_\_ notaire à \_\_\_\_\_

**Ont comparu :**

Monsieur \_\_\_\_\_ directeur de l'agence de  
de la Banque \_\_\_\_\_ demeurant en ladite ville, rue  
n° \_\_\_\_\_

Agissant au nom et pour le compte de ladite Banque,  
société anonyme au capital de \_\_\_\_\_ dont  
le siège est à Paris, rue \_\_\_\_\_ n° \_\_\_\_\_

*D'une part,*

Et Monsieur \_\_\_\_\_ industriel, demeurant à \_\_\_\_\_

*D'autre part,*

Lesquels ont requis le notaire soussigné de donner  
l'authenticité aux conventions suivantes arrêtées direc-  
tement entre eux sans le concours ni la participation dudit  
notaire :

*(Si le notaire a négocié l'ouverture du compte courant).*

Lesquels ont convenu ce qui suit :

#### Ouverture de compte courant

La Banque \_\_\_\_\_ et M. \_\_\_\_\_ conviennent  
d'ouvrir entre eux un compte courant qui sera alimenté  
par leurs remises réciproques, et se balancera lors de sa  
clôture par un solde en faveur de l'un d'eux, solde qui sera  
seul exigible.

Ce compte fonctionnera aux conditions suivantes :

1° la Banque \_\_\_\_\_ ne sera tenue de porter au

crédit du compte que les valeurs qui lui conviendront et ces valeurs ne seront inscrites à l'avoir de M. que sous réserve d'encaissement et de contre-passation au débit de toutes celles qui ne seraient pas exactement soldées à l'échéance par les tiers ou débiteurs.

Malgré cette contre-passation, la Banque pourra, si bon lui semble, conserver les effets impayés pour exercer, en son nom tous les recours qu'elle jugera utiles.

Il est bien entendu que la Banque pourra inscrire au compte courant, non seulement les valeurs dont M. serait endosseur et qu'il présenterait lui-même à l'escompte, mais encore toutes celles sur lesquelles serait apposée sa signature à un titre quelconque comme souscripteur ou autrement.

2° La Banque est expressément dispensée de faire à M. la dénonciation de protêt des effets qu'elle aurait endossés, sans que ce défaut de dénonciation fasse perdre à la Banque son recours contre M.

3° Les intérêts réciproques du compte courant et tous frais de commissions de banque et autres à percevoir par la Banque seront ceux en usage dans le commerce et il est expressément convenu qu'ils continueront à courir, même après clôture du compte courant sur le solde de celui-ci et jusqu'à complet remboursement.

4° La durée du compte courant est illimitée ; mais chacune des parties aura à toute époque la faculté de le faire cesser en prévenant l'autre jours d'avance et par écrit.

5° Des arrêtés de compte périodiques seront effectués selon les usages du commerce dans le seul but de constater la situation réciproque des parties et leur accord sur la tenue du compte. Le solde résultant de chacun de ces arrêtés sera reporté à nouveau, sans que le compte soit juridiquement clos.

M. sera présumé approuver tout arrêté périodique qu'il n'aura pas contesté dans les 30 jours de sa date.

6° Au cas où la balance effectuée à la clôture du compte ferait ressortir un solde au débit de M. celui-ci aurait un délai de                    mois pour rembourser toutes les sommes dont il pourra se trouver débiteur par suite de l'apurement du compte, ensemble les intérêts, droits de commission, frais et accessoires, suivant les usages de la banque.

7° Le compte courant dont s'agit serait clos de plein droit et le solde deviendrait immédiatement exigible, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'un des correspondants.

Il en serait de même en cas de décès de M. et il y aurait alors indivisibilité entre ses héritiers et représentants pour le paiement du solde s'il est à son débit.

8° Tous les frais engagés pour parvenir au remboursement du solde du compte courant, s'il se trouve en faveur de la Banque                    seront à la charge de M. et produiront de plein droit au profit de la Banque

les mêmes intérêts et commissions que ceux fixés ci-dessus à compter du jour où la Banque                    en aurait fait l'avance.

### **Affectation hypothécaire**

Pour garantir à la Banque                    le remboursement en principal, intérêts, frais et accessoires des sommes qui pourraient éventuellement lui être dues à la clôture du compte courant, dans le cas où le solde de celui-ci se trouverait être en faveur de la Banque                    M.

affecte et hypothèque au profit de la Banque

ce accepté par M.                    , les immeubles dont la désignation suit :

DÉSIGNATION  
ORIGINE DE PROPRIÉTÉ  
TRANSPORT D'INDEMNITÉ D'ASSURANCE  
ETAT CIVIL. SITUATION HYPOTHECAIRE<sup>1</sup>

**Inscription**

Pour l'inscription à prendre à tous bureaux des Hypothèques compétents en exécution des présentes les parties évaluent d'un commun accord la créance éventuelle de la Banque à la somme de

Cette évaluation est faite uniquement pour les besoins de l'inscription à prendre et ne saurait en aucun cas tirer à d'autres conséquences ; elle ne pourra, en particulier, être interprétée comme un engagement de la part de la Banque de fournir à M. des avances jusqu'à concurrence de la somme ci-dessus.

**Frais**

Les frais, droits et honoraires des présentes et de leurs suites, y compris ceux de réalisation du gage et ceux de main levée de l'inscription hypothécaire s'il y a lieu, seront supportés par M. qui s'y oblige.

Toutefois, la Banque est dès à présent autorisée à les payer en l'acquit de M. et dans ce cas à les porter à son débit.

**Domicile**

**Lecture des lois** établissant l'impôt cédulaire

**Dont acte**

1. Si le constituant de l'hypothèque est marié il y a lieu, bien entendu, soit de faire renoncer son épouse à son hypothèque légale, soit de faire subroger le correspondant dans les droits de la femme.

## FORMULE N° 2

### BORDEREAU D'INSCRIPTION D'HYPOTHÈQUE CONSTITUÉE AU MOMENT DE L'OUVERTURE DU COMPTE

Inscription d'hypothèque conventionnelle est requise  
au bureau des Hypothèques de

**Au profit** de la Banque société anonyme  
au capital de dont le siège est à

Requête, poursuite et diligence de M.

Pour qui domicile est élu à rue

**Contre** M. industriel, demeurant à

Né à le

*Débiteur éventuel*

**En vertu** d'un acte reçu par Me notaire  
à le contenant :

I. — *Ouverture d'un compte courant* entre la Banque  
et M. avec stipulation :

1° Que ce compte serait alimenté par les remises réciproques des correspondants et se balancerait lors de sa clôture par un solde en faveur de l'un d'eux, solde qui serait seul exigible ;

2° Que la Banque ne serait tenue de porter au crédit du compte que les valeurs qui lui conviendraient et que ces valeurs ne seraient inscrites à l'avoir de M. que sous réserve d'encaissement et de contre-passation au débit de toutes celles qui ne seraient pas exactement soldées à l'échéance par les tiers ou débiteurs ;

Mais que malgré cette contre-passation la Banque pourrait, si bon lui semblait, conserver les effets

impayés pour exercer en son nom tous les recours qu'elle jugerait utiles.

Et que la Banque \_\_\_\_\_ pourrait inscrire au compte courant, non seulement les valeurs dont M. \_\_\_\_\_ serait endosseur et qu'il présenterait lui-même à l'escompte mais encore toutes celles sur lesquelles serait apposée sa signature à un titre quelconque comme souscripteur ou autrement.

3° Que la Banque \_\_\_\_\_ serait expressément dispensée de faire à M. \_\_\_\_\_ la dénonciation de protêt des effets qu'elle aurait endossés, sans que ce défaut de dénonciation puisse lui faire perdre son recours contre M. \_\_\_\_\_.

4° Que les intérêts réciproques du compte courant et tous frais de commissions de banque et autres à percevoir par la Banque \_\_\_\_\_ seraient ceux en usage dans le commerce et que ces intérêts continueraient à courir, même après clôture du compte courant, sur le solde de celui-ci et jusqu'à complet remboursement.

5° Que la durée du compte courant serait illimitée, mais que chacune des parties aurait à toute époque la faculté de le faire cesser en prévenant l'autre \_\_\_\_\_ jours d'avance et par écrit.

6° Que les arrêtés de compte périodiques effectués selon les usages du commerce n'opéreraient pas clôture du compte.

Et que M. \_\_\_\_\_ serait présumé approuver tout arrêté périodique qu'il n'aurait pas contesté dans les 30 jours de sa date.

7° Qu'à compter de la clôture du compte, M. \_\_\_\_\_ aurait un délai de \_\_\_\_\_ mois pour rembourser toutes les sommes dont il pourrait se trouver débiteur par suite de l'apurement du compte, ensemble les intérêts, droits de commission, frais et accessoires suivant les usages de la banque.

8° Que le compte courant serait clos de plein droit et que le solde deviendrait immédiatement exigible en cas de

faillite ou de liquidation judiciaire de l'un des correspondants, comme aussi en cas de décès de M.

Et que dans ce dernier cas, il y aurait indivisibilité entre les héritiers et représentants de M. pour le paiement du solde, s'il était au débit de celui-ci.

9° Que tous les frais engagés pour parvenir au remboursement du solde du compte courant, s'il se trouvait en faveur de la Banque seraient à la charge de M. et produiraient de plein droit au profit de la Banque les mêmes intérêts et commissions que ceux fixés ci-dessus à compter du jour où la Banque en aurait fait l'avance.

II. — *Affectation hypothécaire* par M. au profit de la Banque à la garantie du remboursement en principal, intérêts, frais et accessoires des sommes qui pourraient éventuellement être dues à la Banque à la clôture dudit compte courant dans le cas où le solde de celui-ci se trouverait être en faveur de ladite banque, des immeubles ci-après désignés :

**Pour sûreté :**

|                                                                                                                                                                      |              |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|---------|
| 1° De la somme de                                                                                                                                                    | en principal |         |
| à laquelle est évalué le solde éventuel du compte courant susindiqué .....                                                                                           | «            | «       |
| 2° Des intérêts éventuels de ladite somme dont la loi conserve le rang portés ici pour mémoire .....                                                                 |              | Mémoire |
| 3° De toutes commissions et autres accessoires éventuels évalués sous toutes réserves à .                                                                            | «            | «       |
| 4° Et des frais de poursuite, de mise à exécution et autres loyaux coûts exigibles à l'événement seulement évalués approximativement et sous toutes réserves à ..... | «            | «       |
| Total sauf mémoire .....                                                                                                                                             | «            | «       |

**Sur :**

(désigner les immeubles hypothéqués).

## AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE EN COURS DE FONCTIONNEMENT DU COMPTE

(Mentionner, comme dans la formule précédente, les sti-

*pulations relatives à la contre-passation, aux intérêts, à la durée du compte, aux arrêts périodiques, à la clôture et à l'exigibilité du solde).*

Ceci exposé, il est passé à l'affectation hypothécaire, objet des présentes.

### **Affectation hypothécaire**

Pour garantir à la Banque le remboursement de toutes sommes en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires qui pourraient éventuellement lui être dues à la clôture du compte courant, dans le cas où celui-ci se balancerait en faveur de ladite Banque, M. hypothèque au profit de la Banque ce accepté par M. les immeubles dont la désignation suit :

DÉSIGNATION  
ORIGINE DE PROPRIÉTÉ  
TRANSPORT D'INDEMNITÉ D'ASSURANCE  
ETAT CIVIL. SITUATION HYPOTHÉCAIRE

**Inscription** (*comme formule n° 1*)

**Frais**

**Domicile**

**Lecture des lois.**

**Dont acte.**

## BORDEREAU D'INSCRIPTION D'HYPOTHÈQUE CONSTITUÉE EN COURS DE FONCTIONNEMENT DU COMPTE

1° De la somme de ..... en principal  
à laquelle est évalué le solde éventuel du  
compte courant sus-indiqué ..... « «

2° Des intérêts éventuels de ladite somme  
dont la loi conserve le rang portés ici pour  
mémoire ..... Mémoire

3° De toutes commissions et autres acces-  
soires éventuels évalués sous toutes réserves à      «      «

4° Et des frais de poursuite, de mise en  
exécution et autres loyaux coûts exigibles à  
l'événement seulement évalués approxima-  
tivement et sous toutes réserves à .....      «      «

---

Total sauf mémoire .....      «      «

**Sur :**

*(désigner les immeubles hypothéqués)*

---



## BIBLIOGRAPHIE

---

### OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édit., 1897-1922.
- BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. — *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, 1895.
- *Précis de droit civil*, 2<sup>e</sup> édit.
- DALLOZ. — *Code civil annoté*.
- *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations*, t. I.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, XII et XIII.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. II.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> édit., 1925, t. II.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 5<sup>e</sup> édit., 1925.
- *Manuel de droit commercial*.
- ESCARRA. — *Principe de droit commercial*, 1937, t. VI.

### OUVRAGES SPÉCIAUX

- ALIEZ. — *Des effets du compte courant*, thèse, Rennes, 1897.
- AMIAUD. — *Traité formulaire du notariat*, V<sup>e</sup> Affectation hypothécaire, 7<sup>e</sup> édit., 1924.
- CHALLAMEL. — *Etude sur les cédules hypothécaires*, 1878.
- CLÉMENT. — *Etude sur le compte courant*, 1889.
- DA. — *Du contrat de compte courant*, thèse, Paris, 1877.
- DEMOGUE. — *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 723).
- *De la nature et des effets du droit éventuel* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1906).
- DUBAS. — *La responsabilité notariale, principes, moyens de prévention et de garantie*, thèse, Paris, 1937.

- ESMEIN. — *Essai sur la théorie juridique du compte courant* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1920, p. 79).
- Note au Sirey sous un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1922 (S., 23.1.225).
- FARGEAUD (Philippe). — *Le compte courant et l'hypothèque* (*Journal des notaires*, 1933, p. 329).
- FEITU. — *Du compte courant*, 1873.
- FRANÇOIS (Roger). — *Compte courant avec affectation hypothécaire* (*Journal des Notaires*, 1932, p. 1111).
- *A propos du compte courant avec affectation hypothécaire* (*Journal des notaires*, 1933, p. 854).
- HAMEL. — *Banques et opérations de banque*. Note au Dalloz sous un arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1931 (D.P., 1931.1.49).
- *Rapport à la société d'études législatives* (*Bulletin de* 1934).
- JACQUET et VÉTILLARD. — *Traité de la mainlevée d'hypothèque et des radiations d'inscriptions*, 1923 (Soubiron à Toulouse, éditeur).
- LABBÉ. — Note au Sirey sous un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 8 avril 1878 (S., 79.11.313).
- LE FRANÇOIS. — *Traité du crédit ouvert en compte courant avec affectation hypothécaire*, Bruxelles, 1878.
- MAGUÉRO. — *Traité alphabétique de l'enregistrement*, articles « Affectation hypothécaire. — Crédit. — Compte-courant ».
- MATER. — *Compte courant, variations de jurisprudence et de doctrine*, (*Revue du droit bancaire*, 1932, p. 145).
- SOLUS. — *Commentaire d'un jugement du Tribunal civil de la Seine du 8 novembre 1932* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, p. 149).
- *Du nantissement de créance sous forme de délégation de marchés de travaux* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1935, p. 671).
-

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                        |   |
|------------------------|---|
| Introduction . . . . . | 1 |
|------------------------|---|

### PREMIÈRE PARTIE

#### INTÉRÊT FISCAL DE L'OPÉRATION

|                                                                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Chapitre préliminaire.</b> — Caractère juridique du compte courant . . . . .                                                  | 9  |
| <b>Chapitre I.</b> — Régime fiscal de l'affectation hypothécaire garantissant un compte courant . . . . .                        | 13 |
| <b>Chapitre II.</b> — Comparaison avec le régime fiscal de l'affectation hypothécaire garantissant une ouverture de crédit . . . | 21 |
| <b>Chapitre III.</b> — Tentative pour imposer comme ouvertures de crédit les comptes courants garantis par une sûreté . . . . .  | 30 |

### DEUXIÈME PARTIE

#### VALIDITÉ DE L'HYPOTHÈQUE

#### A LA GARANTIE D'UN COMPTE COURANT

|                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>TITRE I.</b> — Création par la convention de compte courant d'obligations juridiques . . . . .                                                    | 49 |
| <b>Chapitre I.</b> — Objections à la validité du contrat de compte courant . . . . .                                                                 | 51 |
| <b>Chapitre II.</b> — Preuve théorique de la création par le compte courant d'obligations valables . . . . .                                         | 63 |
| <b>Chapitre III.</b> — Unanimité de la doctrine et de la jurisprudence sur la nature contractuelle du compte courant . . . . .                       | 78 |
| <b>TITRE II.</b> — Validité de l'hypothèque constituée en garantie d'un compte courant . . . . .                                                     | 91 |
| <b>Chapitre I.</b> — Réfutation des objections tirées du caractère incertain de la dette et de la prohibition de l'hypothèque sur soi-même . . . . . | 93 |

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Chapitre II.</b> — Preuve de la validité de l'hypothèque à la garantie du solde d'un compte courant ..... | 106 |
| <b>Chapitre III.</b> — La doctrine et la jurisprudence .....                                                 | 120 |

### TROISIÈME PARTIE

#### VIE ET FONCTIONNEMENT DE L'HYPOTHÈQUE

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Chapitre I.</b> — La constitution de l'hypothèque .....                 | 141 |
| <b>Chapitre II.</b> — Exercice de l'action hypothécaire .....              | 160 |
| <b>Chapitre III.</b> — Distribution du prix de l'immeuble hypothéqué ..... | 168 |
| <b>Chapitre IV.</b> — Purge. Réduction et radiation .....                  | 177 |
| <b>CONCLUSION</b> .....                                                    | 183 |
| <b>ANNEXES.</b> — Formules .....                                           | 189 |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....                                                 | 203 |







